

A ANÁLISE DE QUESTÕES POLÍTICAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DE SUA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL

A REVIEW OF POLICY ISSUES FOR FEDERAL SUPREME COURT AND THE NEED TO AMEND ITS ORGANIZATIONAL STRUCTURE

*Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo avaliar a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal na análise de questões políticas frente aos direitos fundamentais. O estudo do tema reflete a preocupação sobre a compatibilidade da estrutura do órgão de cúpula do Judiciário Brasileiro com o princípio democrático, pois no exercício da jurisdição constitucional ele enfrenta questões eminentemente políticas que exigem uma representatividade popular. O trabalho permitiu concluir que se faz necessária uma reestruturação do STF para que ele assuma a forma de uma corte constitucional propriamente dita, compatibilizando-se com as exigências de um Estado democrático de Direito.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Direitos fundamentais; Questões políticas; Legitimidade democrática; Corte constitucional.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the democratic legitimacy of the Supreme Court in the analysis of policy issues facing the fundamental rights. The study of the issue reflects concern about the compatibility of the structure of the top organ of the Brazilian judiciary with the democratic principle, because the exercise of constitutional jurisdiction he faces political issues that require popular support. The study concluded that it

* Mestre em direito Constitucional pela universidade de Fortaleza; Professor Universitário; Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Av. Washington Soares, n. 525, Ap. 702, Edso Queiroz, Fortaleza/CE. e-mail: nilsiton_aragao@hotmail.com.

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão

is necessary to restructure the Supreme Court so that it takes the form of a constitutional court itself by making it compatible with the requirements of a democratic state of law.

Keywords: Supreme Court; Fundamental rights; Political issues; Democratic legitimacy; Constitutional court.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar as funções atualmente exercidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial o enfrentamento de questões de cunho eminente, políticas por imposição da aplicação de direitos fundamentais, de modo a saber se as especificidades desta competência não exigem mais legitimidade democrática de seus membros. O assunto comporta grandes controvérsias jurídicas, que remontam aos mais basilares preceitos de uma ordem jurídica, refletindo, hoje, um dos aspectos de maior relevância na formação e na manutenção do Estado Democrático de Direito.

Embora o tema sempre tenha encontrado lugar na pauta dos principais debates jurídicos nacionais, ganhou nova tônica no contexto mundial contemporâneo, especialmente a partir da segunda metade do século XX, momento em que a efetivação dos direitos fundamentais revelou-se como medida indispensável à consecução dos objetivos centrais do Estado no cenário de reconstrução da ordem internacional. Contudo, com esta alteração, o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro passou a exercer suas atribuições sob uma perspectiva político-jurídica, inclusive interferindo de maneira incisiva na órbita de competência dos demais poderes.

Assim, a atualidade e a relevância prática e teórica do assunto já fundamentam, demasiadamente, a escolha do tema para a construção de um estudo científico. Neste cenário de extremos embates doutrinários, pretende-se analisar os pontos problemáticos da estruturação do Supremo Tribunal Federal, em especial quanto à sua legitimidade democrática e à necessidade de controle.

No desenvolvimento do presente trabalho, será inicialmente abordada a análise de questões políticas na jurisdição constitucional. Depois, serão abordados a legitimidade e o controle do Judiciário no exercício da jurisdição constitucional. Por fim, serão indicados os pontos controversos da organização do Supremo Tribunal Federal e feitas propostas de alteração para que este órgão possa assumir feições mais adequadas à realidade democrática.

Como visto, o presente trabalho destina-se a fazer incidir os preceitos básicos de um estado democrático na estruturação do Supremo Tribunal Federal, no intento de garantir mais efetividade e eficácia às decisões por ele proferidas.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 81-108, jan./jun. 2012

O ENFRENTAMENTO DE QUESTÕES POLÍTICAS NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

De certo modo, toda a atividade jurisdicional possui uma conotação política, pois atualmente resta superada a concepção de aplicação normativa como uma atividade de cunho meramente silogístico, sendo certo que o magistrado faz escolhas ao proferir decisões, dando vida à letra fria da lei. Esta possibilidade de escolha, ou seja, o reconhecimento de uma margem de discricionariedade na aplicação do direito, reflete um caráter político, atualmente reconhecido e aceito sem maiores problemas.¹

Por exemplo, no controle de constitucionalidade a divisão entre as matérias políticas e jurídicas não fica bem delimitada, pois o Judiciário, na apreciação da compatibilidade dos atos dos demais poderes com a Constituição, terá de analisar matérias que, em sua essência, são políticas. Com isso, começa a ser discutido se todas as ações dos demais poderes podem ser analisadas pelo Judiciário ou se haveria uma limitação quanto a certos temas que possuem natureza eminentemente política e, por esta razão, deveriam ser tratadas exclusivamente pelos poderes políticos, não podendo ser objeto do controle de constitucionalidade.

Por outro lado, os direitos fundamentais trazem em si um conjunto de fatores que fazem com que o poder criativo do intérprete seja potencializado, de tal modo que as limitações ordinárias da norma jurídica não surtem o efeito desejado sobre a atuação dos magistrados. A moldura normativa que deveria limitar a atividade do julgador é excessivamente expandida e, em alguns pontos, dificilmente visualizada. Os métodos interpretativos clássicos, por sua vez, mostram-se insuficientes. Sem as amarras objetivas necessárias para restringir o subjetivismo do julgador, abrem-se margens para que prevaleça a decisão do intérprete na construção da norma do caso concreto em uma atuação que, assim como os próprios direitos fundamentais, titubeia entre as searas jurídicas e políticas.

¹ Assim observa Dalmo de Abreu Dallari: “O juiz sempre terá de fazer escolhas, entre normas, argumentos, interpretações e até mesmo entre interesses, quando estes estiverem em conflito e parecer ao juiz que ambos são igualmente protegidos pelo direito. A solução do juiz será política nesse caso, mas também terá conotação política sua decisão de aplicar uma norma ou de lhe negar aplicação, pois em qualquer caso haverá efeitos sociais e alguém será beneficiado ou prejudicado. [...] O reconhecimento da politicidade do direito nada tem a ver com opções partidárias nem tira, por si só, a autenticidade e a legitimidade das decisões judiciais. Bem ao contrário disso, o juiz consciente dessa politicidade fará um esforço a mais para conhecer e interpretar o direito, considerando sua inserção necessária num contexto social, procurando distingui-lo do direito abstrato ou do que é criado artificialmente para garantir privilégio, proporcionar vantagens injustas ou impor sofrimentos a outros com base exclusivamente numa discriminação social”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 89-90.

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão

Logo, essa transposição da fronteira das questões jurídicas e políticas pelo Judiciário é um efeito colateral inevitável da imposição de defesa dos direitos fundamentais por intermédio do controle de constitucionalidade, pontos centrais da jurisdição constitucional. Diante desta exigência, observa-se que a função jurisdicional ganha nova tônica, favorecendo uma ampliação do campo de atuação do Judiciário, que passa a transpor os limites de competência dos demais poderes. Este fenômeno vem sendo denominado genericamente de “ativismo judicial”, referido mais especificamente como “juízes legisladores” no que se refere à atuação no campo do Legislativo e de “governo dos juízes”, no que diz respeito à esfera das atribuições do Executivo.

Neste contexto, passa-se a discutir a legitimação democrática do poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.

A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

No atual estado democrático de direito, para que os membros de determinado poder estatal sejam tidos como legítimos, não basta que ingressem nos cargos com base nas leis, pois o conceito de legitimidade não se equipara à simples legalidade.² É necessário que estas leis mantenham sintonia com os preceitos básicos de uma democracia, ou seja, devem elas garantir que a vontade popular prevaleça.

A Constituição de 1988, ao qualificar o Estado brasileiro como federado, democrático e de direito, procedeu à limitação do poder estatal, por meio de quatro ferramentas básicas: a identificação da titularidade popular deste poder (art. 1º, parágrafo único); a fragmentação das três funções básicas a ele inerentes (art. 2º); a repartição da competência para o exercício do Poder entre entes federados (art. 1º, *caput*); e a delimitação de seu campo de atuação pelos direitos fundamentais (art. 5º e demais direitos incluídos pelos seus §§ 2º e 3º). Diante da máxima importância destas quatro pilastras básicas do novo Estado, foram elas alçadas ao nível de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), tornadas perenes pela proibição de sequer serem discutidas propostas tendentes a aboli-las.

O princípio democrático está insculpido no parágrafo único, art. 1º, da Constituição, com a seguinte redação: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta

² Paulo Bonavides conceitua legitimidade nos seguintes termos: “A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração. É o critério que se busca menos para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social que ele é chamado a disciplinar. No conceito de legitimidade entram as crenças de determinada época, que presidem à manifestação do consentimento e da obediência”. BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 121.

Constituição”. Os representantes dos Poderes Legislativo e Executivo são escolhidos democraticamente, por meio de sufrágio popular, o que implica dizer que os atos emanados destes dois Poderes estatais são atos indiretamente praticados pelo povo, nos termos do dispositivo constitucional citado.³

Em razão de certas especificidades que cercam o Poder Judiciário, em especial a necessidade de imparcialidade, admitiu-se que a sua legitimação se desse de maneira diversa da dos demais poderes do Estado, ou seja, independente de uma escolha democrática, com participação direta do povo. Ocorre que, com a jurisdição constitucional, principalmente na nova perspectiva de atuação do Judiciário frente às exigências de efetividade dos direitos fundamentais, que em determinados casos não só autoriza como impõe a invasão do âmbito de decisão política dos demais poderes, surgem dúvidas quanto a sua compatibilização com as exigências de legitimidade democrática.⁴

Trata-se de uma discussão, de certo modo, paradoxal. Por um lado, o exercício da jurisdição constitucional se justifica, inicialmente, como garantia da legitimidade democrática, visando a garantir os limites constitucionais à vontade da maioria, expressa nos atos dos poderes públicos, ou seja, evitar que uma classe dominante ou majoritária imponha seus interesses reprimindo minorias étnicas, religiosas, políticas, econômicas etc.⁵ Porém, por outro lado, gera o pro-

³ Sobre o tema, leciona Arnaldo Vasconcelos: “A fundação do Estado importa, em termos definitivos, um ato de transferência de poder. Isso não resulta na alienação de sua titularidade, que permanece intacta, como corpo social; recebe o Estado, apenas, delegação para exercitá-lo. E o fará em nome do povo. É a teoria que nos legou o Liberalismo, como tal positivada nos textos constitucionais modernos, a exemplo do nosso, onde se lê: ‘Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição’ (Art. 1º, parágrafo único). Projetando-se a formulação no plano jurídico, tem-se que, enquanto o Estado se converte em juiz da legalidade, fica o povo como árbitro supremo da legitimidade”. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 259.

⁴ Este problema já havia sido suscitado pelo próprio Kelsen: “É tão difícil quanto desejável afastar qualquer influência política da jurisdição constitucional. Não se pode negar que os especialistas também podem – consciente ou inconscientemente – deixar-se determinar por condições de ordem política. Se esse perigo for particularmente grande, é quase preferível aceitar, em vez de uma influência oculta e, por conseguinte, incontrolável dos partidos políticos, sua participação legítima na formação do tribunal, por exemplo, fazendo com que uma parte das vagas seja preenchida por eleições realizadas pelo Parlamento, levando-se em conta a força relativa dos partidos. Se as outras vagas forem atribuídas a especialistas, estes poderão levar muito mais em conta as condições puramente técnicas, porque então sua consciência política se veria aliviada pela colaboração dos membros a que caberia a defesa dos interesses propriamente políticos”. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 154-155.

⁵ José Afonso da Silva ressalta a importância desta concepção: “Esse procedimento de verificação da legitimidade das leis é tanto mais importante quanto mais a lei se torna um instrumento de governo, de interferência na esfera de autonomia das pessoas. É preciso, assim, estruturar meios adequados e eficazes de precaver-se contra a ameaça do legislador, que servindo-se desse instrumento, pode instaurar um regime de força, transformando a força da lei numa lei de

blema da representatividade democrática do próprio Judiciário no exercício desta jurisdição constitucional, uma vez que seus membros não são representantes do povo eleitos pelo sufrágio.

Empecilhos à escolha democrática dos membros do Judiciário

Para melhor compreender os meandros desta polêmica controvérsia jurídica e política, impõe-se inicialmente entender a razão de o Judiciário não ser tradicionalmente formado mediante o sufrágio popular, como os demais poderes. Em um primeiro momento histórico, na formação do estado liberal, sua função era tida como uma atividade extremamente objetiva, praticamente sem nenhum poder decisório. Como sua atuação estava estritamente ligada e subordinada à do Poder Legislativo, a exigência de representatividade se exauria no âmbito do legislativo quando da criação da lei. A legitimidade democrática do Judiciário era, portanto, de certo modo, importada do legislativo por intermédio da lei ou, de modo mais pragmático, simplesmente desnecessária.

Mesmo com a superação desta concepção e o reconhecimento do poder criativo do intérprete, a escolha não democrática de seus membros permaneceu. Ponderando entre a necessidade de representatividade e as exigências de independência e capacidade técnica dos julgadores, entendeu-se que o sufrágio não se coadunava completamente com a atividade jurisdicional. Contribuiu para a aceitação de tal déficit democrático a noção de criatividade jurisdicional limitada pela moldura normativa, pois, embora com uma margem de discricionariedade, as decisões judiciais ainda se mantinham limitadas pela lei.⁶

Com o fortalecimento do movimento constitucionalista, superando-se os questionamentos iniciais que cercavam a força jurídica de suas normas, em especial com o reconhecimento da juridicidade dos princípios de direitos fundamentais, o Poder Judiciário ganha novas atribuições no exercício da jurisdição constitucional. Por imposição da defesa e efetivação dos direitos fundamentais, passa ele a atuar sobre, e não sob, a lei, interferindo na órbita dos demais Poderes, inclusive em questões políticas que tenham contato com os direitos fundamentais.

força". SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 33.

⁶ Segundo Ronald Dworkin: "A conhecida história de que a decisão Judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam as leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida. Não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato". DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 132.

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

O Poder Judiciário deixa de estar subordinado aos limites da lei, para ditar os limites da lei. Quando os direitos fundamentais não possuíam força normativa, o julgador somente poderia atuar segundo os preceitos das leis infraconstitucionais, função na qual a discussão de validade desta lei era uma realidade quase inexistente. Com o reconhecimento do *status* superior das normas de direitos fundamentais, o Judiciário passou a ter a função de defender a Constituição, estabelecendo os limites da atividade legislativa e executiva. A Constituição está no vértice da pirâmide do ordenamento jurídico e no centro desta estão os direitos fundamentais, de modo que quem dita, em última instância, o significado destas normas controla a atuação dos demais poderes.

Esta nova conjuntura não permite mais que se extraia sua legitimidade democrática do Legislativo por meio do texto legal, porém não altera em nada as discussões sobre as incompatibilidades da função jurisdicional com as eleições populares. Da mesma forma que o legislador e o administrador necessitam da eleição para bem desempenhar suas funções, o julgador deve a ela ser alheio para melhor realizar seu ofício.

Mauro Cappelletti⁷ defende que o processo judicial se diferencia dos de natureza política pela presença de características essenciais que podem ser sintetizadas em três aforismas latinos, quais sejam: *nemo iudex in causa propria* (ninguém pode ser juiz em causa própria); *audiatur et altera pars* (ouça-se também a parte contrária); e *nemo iudex sine actore* (não há juiz sem autor). Estariam, portanto, na imparcialidade, no contraditório e na inércia inicial os três aspectos que tornariam essencialmente distintas as atividades políticas das jurídicas.

O legislador e o administrador não podem esperar provocação para agir, não podem, também, deixar de agir por possuírem interesse na causa e, por fim, não é indispensável que aqueles que tenham interesses opostos se manifestem expressamente. Tudo isso porque sua parcialidade é justificada e exigida pela representatividade popular de seus membros, já que eles foram eleitos por seus ideais e devem ser parciais na defesa destes.⁸ Ao contrário, o julgador tem de ser imparcial, devendo manter-se equidistante dos interesses das partes para poder proferir uma decisão que atenda aos valores do ordenamento, e não aos seus.

87

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 75.

⁸ Reflete Mauro Cappelletti nos seguintes termos: “Na minha opinião, ninguém veria qualquer degeneração do procedimento legislativo ou administrativo se os legisladores ou administradores estivessem profundamente envolvidos e verdadeiramente interessados como as partes, nas matérias por eles reguladas, por representarem pessoas ou grupos, deles se fazendo defensores, por não conceberem audiência aos interesses de pessoas e grupos contrapostos, por darem, enfim, início aos seus procedimentos sem atender ao pedido do sujeito ou grupo interessado” (CAPPELLETTI, op. cit., p. 76-77).

Não raro os casos relativos a direitos fundamentais estão cercados de enorme controvérsia política que envolve interesse de grupos econômicos dominantes, ideologias partidárias, valores constitucionais que dividem a opinião pública ou outras situações externas que pressionam a tomada de uma ou outra posição.

Quando estas questões são apreciadas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, seus membros, escolhidos mediante sufrágio popular, sofrem uma forte pressão externa, em razão do compromisso assumido perante o eleitorado e grupos que apoiaram sua candidatura. De tal modo, elas serão fundamentais na tomada de suas decisões para evitar eventual impopularidade que comprometeria a continuidade de suas carreiras com a substituição nas eleições seguintes. Os magistrados não podem estar expostos a esta realidade, pois têm que ser imunes a fatores externos não jurídicos, para proferir uma decisão que privilegie os valores jurídicos preestabelecidos no sistema.⁹ Por isso, a eleição não se harmoniza perfeitamente com a atividade jurídica.¹⁰

Diante do que foi dito até aqui, duas conclusões são inevitáveis sobre o exercício da jurisdição constitucional: 1) atualmente, a atuação do Judiciário não se limita à seara jurídica, alastrando-se em alguns casos para questões políticas; e 2) o Judiciário de fato carece de representatividade democrática, mas esta realidade é imprescindível para o exercício de suas funções institucionais. Observa-se que o enfrentamento de questões políticas e a exigência de legitimidade estão intimamente interligados, de modo que são diretamente proporcionais, ou seja, quanto maior for o caráter político do assunto enfrentado pelo julgador, maior será a exigência de uma legitimação democrática, e vice-versa.¹¹

⁹ É exatamente o que observa Ronald Dworkin: “Os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao aplicar a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 17.

¹⁰ No mesmo sentido, o escólio de Fábio Konder Comparato: “O povo não pode atuar, ao mesmo tempo, como acusador e julgador; ele não pode decidir, por exemplo, se a manifestação da sua vontade numa eleição, num referendo ou num plebiscito é conforme ou não à ordem jurídica, pois numa república a ninguém é lícito atuar como juiz em causa própria. É por aí que se deve entender a posição do Judiciário, na organização democrática de poderes. Ele não é nem pode ser representante do povo, mas atua sempre como árbitro de todos os conflitos de interesse, inclusive quando o povo é uma das partes em causa, como demandante ou como demandado. A qualidade essencial do árbitro, escusa lembrá-lo, é a sua imparcialidade”. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 678.

¹¹ É o que também observa Renato Stanzola Vieira: “Malgrado se defenda que a legitimidade da origem da Jurisdição Constitucional radique em aspectos jurídico-constitucionais assentados na história da democracia brasileira – e por isso, alheios ao questionamento presente, sobretudo nos Estados Unidos da América, não se pode fechar os olhos à constatação de que a atuação judicial, no Brasil e nos demais países que têm Jurisdição Constitucional, é, a um tempo, jurídica e política. E neste ponto é que se mostra relevante o estudo dos limites de sua legitimidade, à luz do ideal democrático brasileiro”. VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 279.

A necessidade de legitimação democrática diante do caráter político da jurisdição constitucional

Resta agora medir a gravidade deste problema, mas, para tanto, é necessário analisar, em apartado, o exercício da jurisdição constitucional dos órgãos do Judiciário responsáveis pelo julgamento de casos concretos e do Supremo Tribunal Federal, órgão que faz as vezes de Corte Constitucional no Brasil, pois a conclusão nos dois casos não é idêntica.

No que concerne à jurisdição ordinária, ou seja, o julgamento de casos concretos, o problema não carrega grande complexidade, pois o déficit de legitimidade é proporcional ao baixíssimo número e grau de questões políticas em debate.

Por um lado, na quase totalidade dos casos da jurisdição comum, o objeto em litígio entre pessoas é o reconhecimento da existência e/ou violação de um direito subjetivo. Em tais hipóteses, é difícil imaginar situações em que questões políticas sejam levantadas de maneira autônoma, sem estar substancialmente conectadas à efetividade do direito de uma das partes da demanda. Por outro lado, embora os julgadores não sejam eleitos direta ou indiretamente, mas nomeados na carreira da magistratura por aprovação em concurso público, com exceção dos membros de tribunais de segunda instância provenientes do quinto constitucional, o contraditório realizado no processo lhes garante certo grau de legitimidade.

Para proferir uma sentença que somente surtirá efeito direto sobre os litigantes de um processo específico, o juiz não precisa de uma autorização de toda a população do Estado, mostrando-se suficiente a participação das partes envolvidas, o que se dá com o contraditório. Os interessados na resolução da lide terão o poder de participar ativamente na construção do resultado do processo, interferindo e limitando a tomada de decisão do julgador. Nestes termos, a discricionariedade que os direitos fundamentais dão ao julgador, potencializando seu poder criativo, não é exercida de forma livre e isolada, mas em conjunto com as partes e limitada aos termos dos pedidos, aos argumentos e às provas dos autos.

Assim, na jurisdição comum, não há muito que se questionar sobre a falta de legitimidade dos membros do Judiciário; contudo, nas hipóteses de jurisdição constitucional exercidas pelo Supremo Tribunal Federal, a lógica é diferente.

Em tais casos, a matéria em discussão é analisada abstratamente, independentemente de um caso concreto, e o julgamento terá efeito *erga omnes*. Não existem partes, e sim legitimados para propositura da ação, que não agem em interesse próprio, mas no interesse da nação. Na ausência de interesses contrapostos, o processo é eminentemente objetivo, não versando sobre direitos subjetivos individualizados, e sim sobre a validade de um ato, independentemente de

uma aplicação prática desta. Diante desta peculiaridade, as questões que são postas em análise se distanciam dos direitos individuais e se aproximam das prerrogativas decisórias de uma política administrativa ou legislativa.

A despeito da grande carga política das questões julgadas pelo Supremo Tribunal Federal na condição de Corte Constitucional, seus membros carecem de uma representatividade democrática a elas proporcional. Estas atribuições não foram ignoradas pelo constituinte, tanto que a nomeação de seus membros segue uma lógica diversa daquela utilizada para os magistrados singulares e demais membros de tribunais. Os ministros do STF são indicados pelo Presidente da República, submetidos a uma sabatina dos membros da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado e, depois, votados pelo plenário desta mesma Casa Legislativa, para, finalmente, serem nomeados pelo Presidente da República. É nesta participação conjunta do Executivo e do Legislativo no procedimento de escolha dos ministros da Excelsa Corte que se busca extrair uma espécie de legitimidade democrática indireta.

Os adeptos desta tese se agarram à expressão “*nos termos desta Constituição*”, do enunciado do parágrafo único do art. 1º da Constituição, para defender a regularidade da representação popular do STF. Aduzem que, como o Presidente e os Senadores são escolhidos pelo povo e têm entre suas atribuições constitucionais a de escolha dos membros do Supremo, estes últimos possuiriam legítima representatividade democrática, pois teriam sido escolhidos por representantes do povo nos termos da Constituição.

Contudo, embora não se possa falar em inconstitucionalidade do procedimento, por ser previsto em norma constitucional originária, ele não mantém uma harmonia completa com o referido princípio democrático previsto na própria Constituição brasileira, uma vez que ele fala que o poder é exercido diretamente ou por meio de representantes eleitos, não falando em representantes escolhidos por representantes eleitos.

É importante destacar que esta escolha pode ter exatamente a repercussão oposta à alegada. A incisiva interferência do Senado e, principalmente, do Presidente da República, na escolha dos ministros do STF, em vez de garantir maior legitimidade, pode comprometer a necessária independência destes julgadores. O mais provável é que este método crie não uma responsabilidade popular dos julgamentos, mas sim uma ideia de dívida ou um forte sentimento de gratidão para com os políticos que participaram de seu processo de escolha, prejudicando a imparcialidade em julgamentos nos quais estes tenham interesse.

Desta forma, a despeito da carga política que tomam as questões enfrentadas pelo STF, sua decisão deve se pautar unicamente em fundamentos jurídicos, devendo ser indiferente se esta será ou não politicamente correta. Diante de sua falta de representatividade democrática, não cabe ao Supremo fazer política por

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

intermédio da jurisdição constitucional. Sua função é analisar a compatibilidade dos atos políticos com a Constituição, devendo tratar as questões políticas no limite de uma argumentação jurídica, amenizando, assim, as incompatibilidades entre suas atribuições e sua legitimidade.¹²

Não se está a afirmar que os membros do STF tenham que ser eleitos nos mesmos moldes que os membros do Executivo e do Legislativo, visto que, como já dito, este procedimento é incompatível com a indispensável imparcialidade. Entretanto, a forma atual não lhes garante legitimidade e independência compatíveis com as atribuições de natureza política por eles desempenhadas, principalmente aquelas impostas pela efetivação dos direitos fundamentais.

O CONTROLE DO JUDICIÁRIO NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A ampliação do poder criativo dos membros do Judiciário e o enfrentamento de questões com conotação política por este Poder, impulsionados pelo advento da força normativa dos direitos fundamentais, exigem também mais fiscalização de suas atividades. A aplicação dos direitos fundamentais não é uma atividade solta, na qual o magistrado possa decidir segundo interesses e valores particulares, mas tem sua extensão delimitada e norteada pelos próprios princípios constitucionais, nos quais estão consagrados os interesses e valores da nação. Para conter excessos de magistrados que se afastem deste mister, faz-se necessário que o Judiciário seja, de alguma forma, controlado.

Não obstante a premente necessidade deste controle, é importante observar que este não pode interferir na independência dos julgadores, atributo indispensável ao bom exercício da jurisdição. As especificidades da função desempenhada pelo Judiciário não permitem que ele seja alvo de um controle externo nos mesmos moldes dos outros poderes. Os membros do Judiciário necessitam de um ambiente de trabalho neutro para exercer suas atribuições institucionais com a necessária imparcialidade.

Em vista disto, são asseguradas aos magistrados as prerrogativas funcionais de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (art. 95 da

¹² Segundo Jânio Nunes Vidal: “De qualquer forma, a doutrina das questões políticas não pode significar a existência de questões constitucionais isentas de qualquer controle. Não se trata de fazer política através do controle de constitucionalidade, mas, sim, de apreciar, de acordo com os parâmetros jurídico-materiais da Constituição, a constitucionalidade da política. Já foi dito que, como regra geral, a jurisdição constitucional tem como objetivo apreciar a constitucionalidade do político. Todavia, isso não significa transformá-la em simples jurisdição política. A jurisdição constitucional deve decidir de acordo com princípios fixados na própria Constituição, destacando-se, entre eles, o princípio democrático”. VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre polícia e jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 162.

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão

CF/88), que visam a assegurar exatamente esta independência, com o fito de proteger, de maneira imediata, o magistrado, mas visando, em última instância, à própria sociedade, que será contemplada com as benesses de decisões imparciais.

Por esta razão, não se admite a interferência externa de outro órgão na atividade jurisdicional, o que de fato é razoável. Ocorre que, no exercício da jurisdição constitucional, a atuação do julgador ganha novas feições, mais políticas e de maior liberdade criativa, características que impõem que o tema seja novamente colocado nas pautas de discussão. Assim como no estudo da legitimidade, não é possível analisar o controle do Judiciário de maneira geral, pois, igualmente, o exercício da jurisdição pelos órgãos do Judiciário responsáveis pelo julgamento de casos concretos e do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional se diferenciam substancialmente.

O controle do Judiciário no exercício da jurisdição comum

No exercício da jurisdição ordinária, de maneira mais intensa pelos juízes singulares e tribunais de segunda instância, observa-se uma espécie de controle por parte dos tribunais superiores, que limitam a liberdade dos magistrados por meio do reexame dos julgados pela via recursal.

92

No sistema hierarquizado do Judiciário nacional, a independência dos julgadores acaba sendo progressivamente reduzida quanto mais se aproxima da base. Teoricamente, não existe hierarquia entre os diversos órgãos do Poder Judiciário, apenas uma divisão de competências, mas, na prática, observa-se uma influência decisiva dos tribunais superiores nos de segunda instância, e destes nos juízes singulares, explicada principalmente pelo controle da ascensão funcional e pela crescente importância da jurisprudência refletida na tendência sumular que vem assumindo o direito nacional. Assim, os tribunais superiores acabam impondo seu entendimento do direito aos demais, de modo que a teórica independência interna se restringe ao órgão de cúpula do Judiciário.¹³

O juiz singular, magistrado que mais se aproxima da população e, na maioria das vezes, o único que tem contato direto com as partes e com o procedi-

¹³ Marcelo Ribeiro Uchôa também observa a limitação causada pela organização hierarquizada do Judiciário: “De uma forma ou de outra, a nação ainda engatinha rumo à conquista de um modelo de judiciário verdadeiramente democrático. Por isso, mantêm-se intensamente presentes problemas decorrentes da obtusa formação *napoleônica* que, ao prestigiar excessivamente a concentração de poder na cúpula dos tribunais (poder que se manifesta não apenas pela possibilidade revisional das decisões judiciais, mas também pela atribuição de promover, fiscalizar e punir), acabam por atingir diretamente a independência (atributo essencial à imparcialidade) do magistrado da base”. UCHÔA, Marcelo Ribeiro. *Controle do judiciário: da expectativa à concretização* (o primeiro biênio do Conselho Nacional de Justiça). Florianópolis: Conceito, 2008. p. 27.

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

mento contraditório de produção de provas, é, por excelência, o julgador que tem melhores condições de enfrentar o problema concreto e adaptar o direito às peculiaridades do caso. Todavia, a atuação destes magistrados estará consideravelmente limitada, não só pelos preceitos normativos do legislativo, como seria de se esperar, mas, principalmente, pela interpretação dada pelos tribunais a que está submetido.

Esta realidade não é de todo má, pois a unificação das interpretações das normas jurídicas é uma medida que garante mais segurança jurídica ao direito. O problema é a força com que se impõe a aplicação do precedente jurisprudencial, em que a posição de subordinação na qual o juiz é colocado retira a possibilidade de entender, de forma diversa, realidade levada ao extremo com institutos como a súmula impeditiva de recurso e a súmula vinculante. Mesmo com a significativa alteração da função jurisdicional frente às exigências dos direitos fundamentais, o constituinte brasileiro foi tímido na reestruturação do Poder Judiciário, com o advento da Constituição de 1988. As antigas concepções, ainda muito fortes no final da década de oitenta, nas quais se ignorava o poder criativo dos julgadores, fizeram com que a mesma formação que prevalecera durante o período ditatorial vigorasse em um estado democrático de direito.¹⁴

Some-se à revisão recursal acima comentada o controle realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão criado com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, com a função precípua de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes nos termos do art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal. Este órgão, desde sua criação, vem atuando de maneira incisiva, corrigindo graves falhas que permeavam o Judiciário nacional, de modo que é possível dizer que ele, até agora, atendeu satisfatoriamente à finalidade para a qual foi designado, suprimindo a deficiência que se visualizava nas corregedorias que vinham se mostrando omissas no desempenho de suas funções.¹⁵

¹⁴ Quanto a este aspecto, também critica Marcelo Ribeiro Uchôa: “A estrutura do Judiciário do país é de tal sorte hermética que sequer o constituinte originário da década de 80 foi capaz de imprimir-lhe significativas alterações na forma e na composição. Sua substância manteve-se praticamente inalterada antes e depois da promulgação da Carta de 1988, o que comprova que o modelo tradicional é adaptável tanto ao totalitarismo quanto ao regime democrático” (UCHÔA, 2008, p. 26).

¹⁵ Dalmo de Abreu Dallari comenta a dificuldade de controle externo no que diz respeito às corregedorias: “Na realidade, as cúpulas dos tribunais estão fora de controle, o que é incompatível com a exigência de responsabilidade administrativa prevista na Constituição e inerente à sociedade democrática. Como a prática tem demonstrado, as Corregedorias dos Tribunais, em muitos Estados, raramente atuam punindo um juiz. E quando agem, às vezes até com exagerado rigor, é para controle e punição de juízes de instância inferior, mas são absolutamente omissas, por falta de competência legal ou por solidariedade corporativa, quanto às falhas, às vezes muito mais graves, dos membros do tribunal” (DALLARI, 2007, p. 42).

Assim, a jurisdição comum encontra, na própria estrutura organizacional do Judiciário, uma forma de controle. Por um lado, em sua função precípua, a jurisdicional, sofre uma espécie de fiscalização dos órgãos superiores por intermédio da possibilidade de reexame das decisões pela via recursal. Por outro lado, em suas funções atípicas, administrativa e legislativa, é fiscalizado pelo Conselho Nacional de Justiça. Desta forma, é possível afirmar que a jurisdição comum encontra-se atualmente com uma estrutura de controle satisfatória, ainda que não na concepção de um controle externo, de difícil aceitação, em virtude da imposição da independência e da imparcialidade necessárias ao exercício da atividade julgadora.

O controle do Judiciário no exercício da jurisdição constitucional

No que concerne ao Supremo Tribunal Federal, a realidade não é a mesma. Ele é o único órgão do Judiciário que não está submetido a fiscalização alguma, uma vez que o controle no âmbito deste poder é unicamente interno e o STF encontra-se no topo da estrutura hierarquizada do Judiciário Nacional. A superioridade do Supremo é facilmente visualizada no art. 92 da Constituição Federal, pelo qual se observa que ele está no topo da estrutura organizacional, logo não existe órgão que reveja suas decisões em grau recursal e não esteja sujeito ao controle do Conselho Nacional de Justiça, mas, ao contrário, o controla.

94

Trata-se de uma formulação herdada da concepção formalista da atuação do Judiciário, pela qual não se concebia uma noção de criatividade jurisdicional na aplicação da norma jurídica, sendo a valoração de fatos função exclusivamente exercida pelo Legislativo. Por este modo de compreensão, ao Judiciário cabia somente a execução destes direitos, segundo critérios lógico-dedutivos, quase matemáticos, consistentes na comparação de premissas que indicam uma única possibilidade de resposta, na qual o trabalho do magistrado se resume a uma subsunção silogística dos fatos às normas e o limite interpretativo é dado pela moldura contida na própria norma.¹⁶ Diante desta postura, não havia razão para a existência de um controle externo.

¹⁶ Esta posição é resumida por José de Albuquerque Rocha: “Decorrência implícita da aplicação ao estudo do direito da lógica dedutiva é induzir o jurista a conceber a norma a interpretar e aplicar como um dado carregado de significação, como algo perfeito e acabado, vale dizer, como ‘objeto’ de seu ‘conhecimento’, e, portanto, como premissa inequívoca do seu raciocínio e não como uma etapa no processo de criação do direito, que, embora de grande importância, não é, contudo, o produto final deste processo de criação do direito, exigindo, pois, seu desenvolvimento pelo jurista, por meio da interpretação, para que possa tornar-se operativa no sentido de apta a regulamentar às mutáveis situações da vida. Visão que, como é inerente à lógica dedutiva, coloca o intérprete em posição claramente passiva diante da ‘vontade do legislador’, que lhe caberia, simplesmente, ‘reconstruir’, valendo-se de recursos históricos, psicológicos, lógicos etc., o que seria mais uma justificativa para a concepção tecnicista da interpretação defendida pela doutrina tradicional”. ROCHA, José Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 72-73.

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

Contudo, com a evolução do pensamento jurídico, e com o amadurecimento das funções exercidas pelos poderes estatais, observou-se que a valoração dos fatos jurídicos não se encerra com a edição da lei, pois na aplicação da norma igualmente faz-se necessária a observância dos valores que fundamentaram a sua criação. E, como anteriormente colocado, principalmente por imposição dos direitos fundamentais, o Judiciário passa a efetivamente criar o direito do caso concreto, inovando, portanto, no ordenamento jurídico.

Esta criatividade jurisdicional se manifesta com mais força e frequência no Supremo Tribunal Federal, órgão genuinamente responsável pela jurisdição constitucional e pela defesa dos direitos fundamentais. Destarte, o órgão de cúpula do Judiciário nacional é o que mais necessita de um controle efetivo, já que possui uma área de discricionariedade tão ampla que se assemelha a dos demais Poderes, refletida no papel de intérprete das normas constitucionais.

É, assim, um “superpoder”, bem representado pela afirmação de que “a Constituição é o que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é”, expressão que se popularizou no meio jurídico. Esta conjuntura, somada à carência de legitimidade, destoa da essência democrática estabelecida com a Constituição, favorecendo práticas abusivas que podem comprometer a regularidade institucional do Brasil.

PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

95

Relembrando tudo o que foi dito até agora sobre o Supremo Tribunal Federal, observa-se que este órgão passou a ter uma postura mais ativa, interferindo incisivamente na órbita de competência dos demais poderes, enfrentando questões eminentemente políticas, mas carecendo de legitimidade democrática e de um controle efetivo de suas funções. Esta realidade demonstra que o modelo pensado pelo constituinte originário de 1988 não se coaduna perfeitamente aos valores sociais que vigoram na atualidade.

A solução para tal incoerência estrutural está em uma necessária reforma do Poder Judiciário, com foco especial para o Supremo Tribunal Federal, medida já muito reclamada pela doutrina, embora com poucas manifestações práticas.

Alguns autores sugerem que esta reformulação da Excelsa Corte é necessária inclusive para que o STF possa ser considerado uma Corte Constitucional propriamente dita. Criando-se um órgão separado do Poder Judiciário e com uma formação mais democrática, destinado ao controle de compatibilidade dos atos dos três Poderes, seriam resolvidos, de uma só vez, os problemas de deficiência de legitimidade e controle. Como o procedimento de escolha dos membros da Corte Constitucional seria mais democrático, admitindo-se de alguma forma a participação popular, não existiria problema algum em realizar o controle de

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 81-108, jan./jun. 2012

constitucionalidade dos poderes públicos. Da mesma forma, tendo eles representatividade popular, não seria necessário um controle externo propriamente dito, pois a prestação de contas seria feita perante a própria sociedade.¹⁷

Segundo os ensinamentos de José de Albuquerque Rocha, para o STF poder ser qualificado como Corte Constitucional, faz-se necessária a conjugação de cinco características essenciais: a previsão constitucional de sua organização; o procedimento democrático de eleição de seus membros; o mandato com duração determinada; o não exercício pelos membros de outros empregos ou funções; e a competência para defesa das normas constitucionais.¹⁸

Na trilha das críticas doutrinárias, conclui-se pela necessidade de realização de reformas na estrutura básica deste Órgão para que possa desempenhar suas atribuições. Seguem algumas propostas de alteração relacionadas com os problemas que se mostram mais graves e urgentes:

¹⁷ Adverte Willis Santiago Guerra Filho: “A falta de semelhante órgão judicante pode ser apontado como maior defeito no nosso sistema jurídico-político, pois o Supremo Tribunal Federal não corresponde exatamente a esse perfil, defeito esse que, mais do que qualquer outro, se deveria sanar através de uma reforma constitucional. É certo que, realisticamente, não se vislumbra grandes possibilidades de que tal aconteça. Perdemos, com isso, aquela que se revela, em outros países, como uma das principais arenas de debate político, responsável maior pela promoção quotidiana do avanço da democracia, nos quadros do Estado de Direito”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 26-27.

¹⁸ Vejam-se os ensinamentos de José de Albuquerque Rocha: *a) Estatuto constitucional*. Isto quer dizer que o tribunal constitucional deve ser previsto na Constituição, que disporá sobre sua autonomia estatutária, organização administrativa e financeira, competência e garantias de independência de seus membros, colocando-o, assim, fora do alcance dos demais Poderes e autoridades estatais. *b) Designação dos juízes por critérios político-democráticos*. Os membros do tribunal constitucional, à diferença dos tribunais judiciais, não são juízes de carreira alçados aos cargos por meio de concursos técnicos ou de promoções regulares, que são os critérios tradicionais de designação na justiça comum. Sua escolha é democrática, mediante eleição, da qual participam as casas legislativas, que indicam a maioria de seus membros, os poderes Executivo e Judiciário, o Ministério Público, e, bem assim, representação da chamada sociedade civil. *c) Duração do mandato*. Outro aspecto relevante é a duração do mandato dos membros dos tribunais constitucionais, que é sempre por tempo determinado e improrrogável. *d) Incompatibilidade*. Como garantia de independência dos membros estes não podem exercer outros empregos ou funções, principalmente de natureza política. *e) Competência*. A competência dos tribunais constitucionais é variável. Fundamentalmente, como é óbvio, cabendo-lhe garantir a primazia da Constituição através de formas e técnicas as mais diversas que, no entanto, em um esforço de síntese, poderíamos classificar como abstratas e concretas, conforme se destinem à defesa da ordem constitucional em abstrato ou à defesa de um direito subjetivo. Quanto à defesa dos direitos subjetivos, seria da maior conveniência a criação de um mecanismo capaz de permitir o acesso direto do usuário da justiça ao tribunal constitucional, destinado à proteção dos direitos e garantias fundamentais enunciados nos Títulos I e II da Constituição, a exemplo de alguns países, como a Espanha e a Alemanha (ROCHA, 1995, p. 82-83).

Procedimento mais democrático de eleição de seus membros

Como visto, em vários pontos deste trabalho, o estabelecimento de uma formação com maior legitimidade democrática é o ponto mais importante da necessária reformulação da estrutura organizacional do Supremo Tribunal Federal.¹⁹

De acordo com o parágrafo único, do art. 101, da CF/88, “Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

Este modelo garante um forte poder de influência do Executivo sobre órgão de cúpula do Poder Judiciário, uma vez que o Presidente da República indica e nomeia seus componentes.²⁰ Embora não se possa apontar fatos incontestes da interferência do Presidente da República nestes julgadores, existem situações que revelam tal circunstância. Somente a título ilustrativo, ressalte-se que sete dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal, portanto a maioria deles, foram nomeados pelo Presidente Lula durante os oito anos de sua gestão.²¹ Outro indicativo que logicamente, por si só, não compromete a parcialidade e/ou capacidade dos julgadores da Excelsa corte, mas demonstra uma dissonância em relação à formação dos demais tribunais do país, está no fato de que poucos dos membros

¹⁹ Segundo o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, este é um dos elementos primordiais de uma Corte Constitucional: “De um modo geral, em todos os tribunais constitucionais criados no pós guerra, teve-se em conta a necessidade de legitimação democrática dos juízes através da participação dos órgãos de soberania, directa ou indirectamente legitimados, na eleição ou escolha dos seus membros. ‘A jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático’ (Vidal Moreira). A favor desta ‘transparência política’ argumenta-se como o facto de ser preferível emanarem os juízes constitucionais de órgãos democraticamente legitimados, embora com indiscutível cunho político, do que de outros órgãos com um mundividência política também irrecusável, mas disfarçada num aparente ‘apartidarismo institucional’”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003. p. 682.

²⁰ Neste ponto, adverte Gérson Marques de Lima: “O modo de escolha dos membros do STF ofende, de uma só vez, todas estas ideias. Ademais, a sustentação é divorciada da realidade, porquanto é notória a existência de grupos de pressão sobre a Corte brasileira, especialmente proveniente do Planalto, de forma tanto velada quanto, em algumas questões, aberta. Basta lembrar-se da agitação do Planalto quando temas previdenciários, tributários e de processo constitucional são submetidos ao STF. E, nestas pressões, é regra de que os ministros nomeados por determinado ocupante da Presidência da República a ele se vinculam, acompanhando as suas diretrizes”. LIMA, Francisco Gérson Marques. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC, 2001. p. 48.

²¹ São eles: Cezar Peluso (2003); Carlos Ayres Britto (2003); Joaquim Barbosa (2003); Eros Roberto Grau (2004); Ricardo Lewandowski (2006); Cármen Lúcia (2006); Carlos Alberto Direito (2007); Dias Toffoli (2009).

do STF são originários da magistratura, realidade que decorre da forma específica de indicação.²²

Esta realidade favorece a descredibilidade da Suprema Corte, principalmente quando acompanhada da divulgação pela mídia de fatos que, embora não definitivamente comprovados, indicam a efetiva tentativa de interferência dos Presidentes da República no andamento e julgamento das ações que lá tramitam.²³

Por outro lado, a aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal não representa um crivo forte da exigência constitucional de “*notável saber jurídico e reputação ilibada*”. Esta conclusão pode ser retirada da própria história moderna da Corte, pois, desde o advento da Constituição Federal de 1988, nenhuma das indicações foi rejeitada. De modo que, aparentemente, o Senado Federal nunca apreciou de maneira mais aprofundada as credenciais de um indicado ou sua orientação política e jurídica, refletindo sua participação neste processo de escolha uma mera formalidade.

Para alguns doutrinadores, a proposta atual atende à exigência democrática, pois, como o Legislativo e o Executivo são formados por pessoas democraticamente eleitas, a escolha dos membros do STF também o seria, embora de maneira mediata. *Data venia*, entendemos que o modo de nomeação indicado pela Constituição Federal não atende satisfatoriamente ao princípio democrático; pelo contrário, a decisão final realizada pelo chefe do executivo federal reflete um resquício das concepções existentes na época da ditadura militar vivida pelo Brasil e mesmo do período pré-republicano, nos quais a democracia inexistia.

A legitimidade democrática dos representantes desta Corte, como dito, é relevante, porque sua competência não se limita a uma atuação jurídica, mas, ao contrário, envolve decisões de conotação eminentemente política,²⁴ por exemplo,

²² Só para ilustrar, segue a lista do atuais componentes do STF, com a indicação de sua origem: Luiz Fux – Magistratura (Juiz TJ/RJ; Min. do STJ); Antonio Cezar Peluso – Magistratura (TJ/SP – juiz e desembargador) Rosa Maria Weber Candiota da Rosa – Magistratura (juíza do TRT e Ministra do TST); José Celso de Mello Filho – Ministério Público (MPE/SP); Marco Aurélio Mendes de Faria Mello – Ministério Público (Procurador do TRT 1ª Rg; Juiz do TRT 1ª Rg; Min. do TST); Joaquim Benedito Barbosa Gomes – Ministério Público (PR); Cármen Lúcia Antunes Rocha – Advogada (PGE/MG); Gilmar Ferreira Mendes – Advogado (AGU); Enrique Ricardo Lewandowski – Advogado (Des. do TJSP pelo 1/5 const.); Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto – Advogado (PGE/SE); José Antonio Dias Toffoli – Advogado (AGU).

²³ Só a título de exemplo, é possível citar a reportagem veiculada na *Revista Veja*, em 28 de maio de 2012, na qual Lula teria afirmado possuir o controle político da CPI do Cachoeira. Em troca do apoio do ministro Gilmar Mendes (indicado por ele) para atrasar julgamento do mensalão, o ex-presidente teria oferecido blindagem nas investigações do Congresso.

²⁴ Sobre a realização de função política pelo STF, ensina Gérson Marques de Lima: “A par da exposição *supra*, mais dogmática, constata-se uma função também política do STF. Primeiro, por colocar-se ele no ápice da pirâmide judiciária, no cume do Poder Judiciário (cuja estruturação obedece a critérios políticos), uma das três instituições básicas, encarregada de cumprir uma das clássicas funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária). Segundo, por serem

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

quando tem que se manifestar sobre o alcance de um direito ou garantia constitucional, ou quando são submetidas ao seu crivo questões referentes à condução do país. Portanto, os julgamentos do STF devem ser entendidos como de natureza política, principalmente diante do fato de a fundamentação de alguns artigos da Constituição possuírem essência social, política, econômica, e não estritamente jurídica.

Um argumento apresentado como paliativo para a falta de uma escolha democrática dos membros do Supremo é a legitimação superveniente, consistente na compatibilidade das decisões deste órgão com os valores eleitos como primordiais pela sociedade. Lembra Francisco Gérson Marques de Lima que a população está sempre atenta às grandes decisões do Judiciário, sobretudo às de cunho político, e que as boas decisões do STF revigoram no povo a confiança nas instituições.²⁵ Assim, a falta de compromisso com o povo em algumas decisões de importante impacto social, nas quais o interesse político ou econômico se sobrepôs ao social, não permite o reconhecimento da legitimidade deste órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, permanecendo ele ilegítimo, como desde o início fora.

Para superação deste problema, faz-se necessário que se proceda a uma alteração no processo de escolha, que, inicialmente, deve afastar a forte influência do Poder Executivo e garantir a participação da Câmara dos Deputados, e não somente do Senado, assegurando a escolha pelos representantes do povo, e não somente dos Estados. Outra proposta interessante é a que prega que existam vagas destinadas a membros do Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia e de cidadãos de notável saber jurídico, possibilitando uma maior pluralidade de visões do direito. Estas são somente algumas das propostas possíveis, mas todas aquelas que venham a imprimir uma maior participação popular devem ser consideradas.

99

as decisões do Judiciário, nesta esteira, manifestações de índole política (não partidária) do Estado, no desempenho da jurisdição. Terceiro, porque habitualmente se submetem ao seu crivo questões referentes à conduta do país, ao comportamento de altas autoridades, à tributação, às alterações constitucionais, ao controle de constitucionalidade dos atos normativos, aos conflitos entre a União, seus Estados e o Distrito Federal, entre estes e Estados ou organismos estrangeiros, bem ainda à segurança nacional” (LIMA, 2001, p. 30-31).

²⁵ Assim coloca o citado autor: “É nos momentos difíceis que o jurisdicionado mais carece de seus juízes, os quais precisam estar vigilantes para acorrerem prontamente a todos quantos toquem o sino da justiça, em qualquer época. A covardia não pode, nunca, alojar-se no coração do magistrado. Calcada pelas ruas ou reclusa em suas casas, a população está atenta às grandes decisões do Judiciário, sobretudo quando discute atos políticos, envolvendo um governo impopular e sua (i) legitimidade. A posição, justamente tomada por um Supremo Tribunal, revigora no povo a confiança nas instituições e patenteia, em maior ou menor escala, o julgamento do regime vigente. E isto é importante para a formação da opinião pública” (LIMA, op. cit., p. 172-173).

A discussão não é nova e já motivou a apresentação de várias Propostas de Emendas à Constituição (PECs), no intuito de atribuir mais liberdade e imparcialidade nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, principalmente visando a afastar ou minimizar a interferência do Presidente da República neste procedimento.

A primeira proposta veio da Câmara dos Deputados na PEC n. 92/95, com o propósito de alterar a Constituição Federal de 1988, no sentido de que os membros do Supremo Tribunal Federal fossem escolhidos dentre os integrantes dos Tribunais Superiores, pertencentes à carreira da Magistratura, menores de sessenta e cinco anos de idade, indicados em lista triplíce pelo próprio Supremo Tribunal Federal, com nomeação pelo Presidente da República, após sabatina e consequente aprovação pelo Senado Federal. Não chegou a ter uma deliberação definitiva, sendo arquivada em 2008, por força do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD).²⁶

Uma segunda proposição, também da Câmara dos Deputados, foi realizada seis anos mais tarde por meio da PEC n. 473/01,²⁷ ainda em tramitação,²⁸ na qual se propunha que a competência para a indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal fosse exercida alternadamente pelo Congresso Nacional e pelo Chefe do Poder Executivo.

Em 2002, foi apresentada, na mesma Casa Legislativa, a PEC n. 566/02,²⁹ no intuito de estabelecer a competência exclusiva do Plenário do Supremo Tribunal

²⁶ RICD, art. 105: “Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as: (...)”.

²⁷ Trecho da justificativa da PEC n. 473/01, apresentada pelo Deputado Federal Antonio Carlos Pannunzio: “Tem, portanto, a proposta de emenda constitucional, que ora submetemos ao crivo de nossos eminentes pares, incontestemente relevância, pois, retirará da exclusiva esfera do Poder Executivo a iniciativa da escolha dos titulares da Suprema Corte de Justiça Brasileira, democratizando, em decorrência, o processo de composição do órgão de cúpula do Poder Judiciário”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=42052>>.

²⁸ Foi arquivada nos mesmos termos da PEC anterior em 2011, mas logo em seguida desarquivada nos termos do parágrafo único do art. 105 do RICD. Estão apensadas a esta e, por consequência, com processamento conjunto as PECs ns. 566/02, 484/05, 393/09, 434/09 e 441/09.

²⁹ Trecho da justificativa da PEC n. 566/02, apresentada pelo Deputado Federal Alceu Collares: “Mencionada fórmula – que reproduz, na essência, o texto da Emenda Constitucional n. 1 de 1969 (art. 118, parágrafo único), da Constituição de 1967 (art. 113), e da Constituição de 46 (art. 99) – tem propiciado, ao longo de nossa história constitucional, distorção no funcionamento do órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional visto que a imparcialidade, uma das principais prerrogativas deste Poder, resulta mitigada pela nomeação feita pelo Chefe do Poder Executivo federal. Os Ministros nomeados por um determinado Presidente da República acham-se irremediavelmente comprometidos com as emendas constitucionais promulgadas e com as leis sancionadas cuja iniciativa tenha sido do Presidente da República, bem como com os atos normativos infralegais de competência privativa do Presidente da República”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=59862>>.

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

Federal para a escolha dos seus integrantes, provindo um terço deles dentre cidadãos que preenchessem os requisitos constitucionais, outro terço dentre os integrantes da magistratura, e o terço restante seria destinado, alternadamente, à Ordem dos Advogados do Brasil e ao Ministério Público.

Ainda na Câmara dos Deputados, é possível citar a PEC n. 484/05,³⁰ que sugere que os Ministros do STF sejam nomeados pelo Presidente depois de escolhidos pelo Congresso Nacional, em votação por maioria absoluta das duas Casas. Esta proposta veda a escolha de candidatos que tenham exercido mandato eletivo, cargo de Ministro de Estado ou de Presidente de Partido Político, até quatro anos depois do término do mandato, ou de afastados definitivamente de suas funções, ficando ainda inelegíveis por igual período.

A primeira proposição de iniciativa do Senado Federal neste sentido foi a PEC n. 68/05,³¹ que se encontra arquivada desde 2010. Por ela, seria necessária a formação de lista sêxtupla pelos órgãos de representação da Magistratura, do Ministério Público e dos advogados, cada um indicando dois nomes, com base na qual se realizaria uma eleição de um deles por maioria absoluta dos Membros do STF e nomeação pelo Presidente da República.

Outra sugestão de alteração da Constituição no Senado foi apresentada por ocasião da PEC n. 30/08,³² ainda em tramitação, a qual defende que a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal deve ser feita pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha, pela maioria absoluta do Senado Fede-

³⁰ Trecho da justificativa da PEC n. 484/05, apresentada pelo Deputado Federal João Campos: “A atual sistemática contribui para a ‘politização do Judiciário’, eis que leva as discussões jurídicas para o campo político, em detrimento da técnica. Deparamo-nos, então, com a sociedade em situação de desconforto com a forma de atuação dos Ministros da Suprema Corte, indicados pelo Presidente da República, mormente nos processos que envolvem interesses políticos e econômicos do Executivo”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=308435>>.

³¹ O então Senador Jefferson Péres afirmou o seguinte, como justificação da alteração: “Efetivamente, não nos parece exagerado dizer que a atual sistemática de composição de nossa mais alta Corte de Justiça, formada por membros escolhidos, todos, pelo Presidente da República, sem critérios outros que a conveniência política dessa autoridade não contribui para o equilíbrio e a serenidade do órgão máximo do poder Judiciário”. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=76007>.

³² Uma das justificativas apresentadas pelo então Senador Lobão filho, para a modificação da Constituição neste sentido, foi apresentada nos seguintes termos: “Essa ampla margem de liberdade de escolha deixada ao Presidente da República vem provocando um processo de politização das indicações para o Supremo Tribunal Federal, criticada por vários setores da sociedade e dos meios políticos brasileiros. Argumenta-se, contra a atual sistemática, que a escolha dos Ministros confere ao Presidente da República um poder indireto sobre a mais alta Corte de Justiça do País, que deveria atuar com maior independência em relação ao Poder Executivo. Não se pode esperar, no atual modelo, que o Presidente indique para a mais alta Corte do País cidadãos com posições políticas muito divergentes da sua”. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=86505>.

ral, do nome eleito pelo Supremo, por voto secreto e maioria absoluta, dentre três candidatos indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados.

De volta à Câmara dos Deputados, em 2009, é possível destacar outras quatro propostas de alteração do art. 101 da Constituição Federal, todas esperando apreciação pelos representantes do povo. A PEC n. 342/09³³ sugere que os ministros sejam escolhidos da seguinte forma: cinco pelo Presidente da República, devendo a escolha ser aprovada por três quintos dos membros do Senado Federal; dois pela Câmara dos Deputados; dois pelo Senado Federal; dois pelo Supremo Tribunal Federal, sendo a escolha destes três últimos órgãos de listas tríplices apresentadas: pelo Superior Tribunal de Justiça; pelo Tribunal Superior do Trabalho; pelo Conselho Nacional de Justiça; pelo Conselho Nacional do Ministério Público; pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; pelos órgãos colegiados das Faculdades de Direito que mantenham programa de doutorado em funcionamento há pelo menos dez anos.

Já a PEC n. 393/09³⁴ propõe a criação de um conselho eleitoral Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça; Tribunal Superior do Trabalho; desembargadores dos Tribunais de Justiça, juízes de direito, desembargadores dos Tribunais Regionais Federais e juízes federais, membros dos Ministérios Públicos Federal e Estaduais, advogados e cidadãos de notável saber jurídico.

A PEC n. 441/09³⁵ procura estabelecer que o então decano do Superior Tribunal de Justiça ocupe o cargo de Ministro do STF, quando da abertura de vaga nesta Corte.

³³ Trecho da justificativa da PEC n. 342/09, apresentada pelo Deputado Federal Flávio Dino: “Seguindo a lição de Louis Favoreu, a legitimidade política do Tribunal Constitucional depende de uma composição plural, com seus membros indicados não somente pelo Presidente da República, como ocorre no nosso sistema atual”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427734>>.

³⁴ Trecho da justificativa da PEC n. 393/09, apresentada pelo Deputado Federal Julião Amin: “A atual forma de indicação para vaga de ministro do Supremo Tribunal Federal vem sendo adotada por todas as constituições federais brasileiras anteriores, qual seja, a livre escolha pelo chefe do executivo. Todavia, esse modelo já não se subsume ao nosso atual contexto social, político e jurídico. (...) Tais fatos põem em xeque a imparcialidade e a credibilidade dos juízes daquela Corte, visto que estes vão estar sempre vinculados à figura do chefe do executivo”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=442994>>.

³⁵ Trecho da justificativa da PEC n. 441/09, apresentada pelo Deputado Federal Camilo Cola: “Assim, para que a Suprema Corte do País seja integrada por membros de incontestada reputação e que, por sua experiência no âmbito do Poder Judiciário, ostentem notável saber jurídico, apresentamos a presente Proposta de Emenda à Constituição, convictos de que seu acolhimento e aprovação garantirão, ao conjunto da sociedade, que os integrantes do Supremo Tribunal Federal não estejam submetidos a quaisquer tipos de eventuais injunções político-partidárias. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=461179>>.

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

Finalizando as propostas daquele ano, a PEC n. 434/09³⁶ propõe que os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão indicados em lista sêxtupla, elaborada pelo próprio Tribunal, e nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha por três quintos do Senado Federal. Estabelece, também, mais requisitos para os candidatos com formação jurídica, vinte anos de atividade jurídica, que pelos menos dois componentes da lista sejam oriundos da Magistratura de carreira, e não de exercício de cargo eletivo.

No ano seguinte, foi apresentada a PEC n. 12/10³⁷ no Senado Federal, ainda em tramitação, pela qual se determina que os Ministros do Supremo Tribunal Federal sejam nomeados pelo Presidente da República a partir de lista tríplice elaborada pelos Tribunais Superiores, que não tenham condenação criminal e que possuam mais de dez anos de atividade jurídica, atendendo a dois dos seguintes requisitos: título não inferior ao de mestre em Direito, tese e trabalhos publicados, atuação jurídica destacada.

Por fim, menciona-se a PEC n. 17/11,³⁸ da Câmara dos Deputados, em tramitação, que propõe que a indicação dos candidatos à Cargo de Ministro do STF seja feita pelo Superior Tribunal de Justiça, Ordem dos Advogados do Brasil, Procurador-Geral da República, Câmara dos Deputados, Senado Federal e Presidente da República.

Como se percebe pela quantidade de tentativas de alteração da sistemática de escolha dos ministros da Suprema Corte, esta é, de fato, a questão mais urgente e, seja pela discussão das PECs ainda pendentes de discussão ou pela apresentação de novas, o tema tem que ser enfrentado rapidamente, pois a estrutura

103

³⁶ Trecho da justificativa da PEC n. 434/09, apresentada pelo Deputado Federal Vieira da Cunha: “O principal objetivo da proposta é diminuir o componente político da escolha e incluir a participação do Judiciário no processo”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=459546>>.

³⁷ A justificativa apresentada pelo Senador Marconi Perillo: “A formação da lista tríplice que buscamos inserir no art. 101 também tem o objetivo de impor mais seriedade na escolha e posterior nomeação dos ministros, ao dificultar a adoção de critérios puramente políticos, que nem sempre compreendem o notável saber jurídico e a reputação ilibada, exigíveis desde longa data no nosso sistema constitucional e jurídico”. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96885>.

³⁸ Trecho da justificativa da PEC pelo Deputado Rubens Bueno: “Tais mudanças tornaram imperiosa a rediscussão do papel do Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico brasileiro. A Carta de 1988 atribuiu-lhe a competência para ser o guardião da Constituição. Todavia, não há como negligenciar o papel político exercido pelo Pretório Excelso, o que se evidencia pela série de decisões de evidente caráter político/social que vêm sendo tomadas nos últimos anos. (...) Ocorre que, exatamente pelo fato de que, às vezes, o STF toma decisões com conteúdo político, é que se torna imperioso assegurar sua total independência. Portanto, para que o Pretório Excelso possa, efetivamente, cumprir seu mister constitucional, a escolha dos onze Ministros não pode ficar ao arbítrio exclusivo do Presidente da República”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=499894>>.

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão

atual não subsiste, revelando um grande entrave ao desenvolvimento democrático de nosso país.

Mandato com duração determinada

Como sabido, os ministros do Supremo Tribunal Federal, na condição de magistrados, gozam de vitaliciedade (art. 95, I, da CF/88), de modo que, uma vez nomeados, permanecem no cargo até a ocorrência de sua aposentadoria compulsória ou de renúncia.

A vitaliciedade é uma garantia importante para a segurança da atividade jurisdicional. Porém, especificamente no STF, ela parece prejudicar a evolução jurisprudencial, mantendo juristas com uma mesma visão, às vezes retrogradas ou conservadoras, durante muito tempo no exercício. Esta garantia, por outro lado, também dá uma estabilidade que pode ocasionar falta de compromisso com o povo.

Não se está questionando a importância da garantia de vitaliciedade para os membros da magistratura, uma vez que ela indubitavelmente reflete uma segurança para o exercício imparcial da magistratura. No entanto, as peculiaridades que cercam o Supremo Tribunal Federal, muitas oriundas da própria natureza da jurisdição constitucional, impõem um tratamento diferenciado, quebrando a lógica aplicável aos demais órgãos do Poder Judiciário.

104

Esta garantia, somada aos requisitos constitucionais para exercer o cargo (art. 101 da CF/88) de Ministros do STF, permite que permaneçam até trinta e cinco anos na Suprema Corte. Embora modernamente não se chegue a tanto, é possível citar, somente a título ilustrativo, o Ministro Celso de Mello, atual decano do STF, que já está há 23 anos na Corte e terá mais 4 anos se esperar pela aposentadoria compulsória, e o Ministro Dias Toffoli, que ficará 28 anos no cargo, se igualmente não se afastar antes da compulsória. Assim, fica claro que os Ministros do STF podem passar, e passam, um período demasiadamente longo na Excelsa Corte, realidade que prejudica a renovação dos posicionamentos, obstaculizando o progresso dos posicionamentos jurisprudenciais na mais alta Corte do país.

Portanto, a despeito da inegável importância da garantia da vitaliciedade, diante das especificidades que diferem estes julgadores dos demais membros da magistratura, principalmente em razão do elevado caráter político das matérias apreciadas por este órgão, a duração determinada dos mandatos destes ministros parece ser uma exigência do princípio básico do sistema republicano, garantindo que haja alternância entre aqueles que exercem o poder.

O mandato determinado é uma opção utilizada, por exemplo, pela Corte Constitucional Alemã, cujos 16 membros contam com mandatos de 12 anos, bem como pela Espanha e por Portugal, cujos mandatos são de nove anos. Numa

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 81-108, jan./jun. 2012

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

realidade mais próxima, é possível citar o Chile e a Colômbia, onde os membros das respectivas Cortes Constitucionais possuem mandato de oito anos.

Já existem algumas propostas de alteração da Constituição prevendo mandatos com prazo determinado,³⁹ como é o caso das PECs da Câmara dos Deputados de n. 430/96 (8 anos), n. 342/09 (11 anos), n. 393/09 (8 anos), n. 143/12 (7 anos), n. 161/12 (8 anos). Um ponto comum a todas elas é a vedação da recondução ou o exercício de novo mandato naquela Corte, evitando-se distorções em julgamentos com o intuito de permanecer no órgão.

É importante ter em mente que o prazo dos mandatos não seja muito curto, pois isto geraria uma instabilidade institucional, em razão da rápida modificação de entendimentos. Da mesma forma, os mandatos não podem ser demasiadamente longos, sob pena de frustrar a lógica que impõe a alteração da atual sistemática. Acreditamos que algo em torno de dez anos reflita uma posição razoável.

Não exercício pelos membros de outros empregos ou funções

Outra crítica interessante diz respeito ao exercício pelos membros do STF de outras funções, no intuito de priorizar ao máximo o enfrentamento das questões que são de sua competência ordinária.

Embora existam inúmeras limitações, a própria Constituição determina a participação dos membros desta Corte na Presidência de julgamento de crimes de responsabilidade realizados pelo Senado Federal (art. 52, parágrafo único), no Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, I) e no Tribunal Superior Eleitoral (art. 119, I, a). A crítica neste ponto diz respeito à possibilidade de interferência política externa nos julgamentos realizados por estes Ministros, como também pela diversidade de atividade, o que não permite uma concentração total dos trabalhos na defesa da Constituição.

Competência exclusiva de defesa das normas constitucionais

A última questão, que diz respeito à competência do órgão, é outro ponto de discordância entre o STF e uma Corte Constitucional. Embora seja competência precípua do Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, um

³⁹ Vale ressaltar que existem outras medidas com intenção similar. Embora não reflita a melhor proposta, é interessante lembrar a PEC n. 51/09, arquivada em 2010, que indicava a necessidade de alteração da redação do inciso XI do art. 52, do inciso I do art. 95 e do parágrafo único do art. 101 da Constituição Federal, para sujeitar os Ministros do Supremo Tribunal Federal à confirmação, a cada quatro anos, pelo Senado Federal, sob a seguinte justificativa do Senador Marcelo Crivella: “tencionamos introduzir no texto constitucional alteração que permita à Casa, também, impedir que o magistrado da mais alta Corte do País continue no seu posto caso não se mostre digno no exercício de tão séria missão”. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94048>.

problema basilar impede sua equiparação a um Tribunal Constitucional: a competência recursal.

O órgão de cúpula do Judiciário brasileiro buscou mesclar o método de controle de constitucionalidade adotado no sistema do *civil law*, realizado de maneira abstrata, desvinculado de qualquer litígio concreto, e o vigente no sistema do *common law*, no qual, ao contrário, prevalece o controle realizado concretamente, na análise de um caso concreto. Este sistema misto trouxe inúmeras vantagens, superando os defeitos presentes em cada um dos modelos citados. Por um lado, não é necessário esperar que a questão seja resolvida abstratamente, sendo permitido ao particular que, individualmente, busque o Judiciário para solucionar a afronta ao seu direito fundamental específico. Por outro, verificando-se que uma determinada norma viola direitos fundamentais, não é necessário que cada um dos prejudicados recorra ao Judiciário para assegurar seu direito.

De modo geral, o sistema misto é positivo. A crítica feita diz respeito à necessidade do STF de realizar os dois controles. Já que o controle difuso pode ser realizado, por exemplo, pelo juiz de direito, pelo Tribunal de Justiça e pelo Superior Tribunal de Justiça, é por demais desnecessária uma quarta apreciação.

Para que o Supremo Tribunal Federal possa exercer a competência de uma típica Corte Constitucional, é necessário reduzir sua competência para os casos de controle concentrado de constitucionalidade,⁴⁰ possibilitando que os julgamentos se realizem de maneira mais cautelosa e aprofundada.⁴¹ A sobrecarga de trabalho e a cobrança por celeridade nos julgamentos tornam impossível uma análise mais detida nos processos de maior complexidade, enquanto o julgamento daqueles mais simples não pode levar em consideração as peculiaridades do caso concreto.⁴²

⁴⁰ Assim advertia Hans Kelsen: “Enquanto tribunal Constitucional no sentido próprio da palavra, ou seja, com a função de proteger a Constituição, a Corte Constitucional decide sobre inconstitucionalidade das leis, assumindo posição excepcional em face de todos os outros tribunais e autoridades administrativas” (KELSEN, 2003, p. 20).

⁴¹ Sobre a competência do Supremo Tribunal Federal, observa José Afonso da Silva: “Isso não o converte em corte constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, com a regra do sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidade” (SILVA, 2007, p. 558-559).

⁴² Gerson Marques de Lima demonstra, por meio de um estudo estatístico, que o controle abstrato de constitucionalidade, as questões jurídico-políticas, os conflitos entre unidades da federação, que sinteticamente representam as matérias mais relevantes e que necessariamente seriam de competência de uma corte constitucional, a qual o STF pretende ser, são mínimos, pois o Supremo tem que se ocupar, na maior parte do tempo, com sua competência de julga-

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

Embora o tema ainda permaneça na pauta das discussões, é importante frisar que a criação da Repercussão Geral, prevista no art. 102, § 3º, da CF/88, que foi incluído por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, minimizou o problema, sendo possível constatar uma redução gradual do acervo de processos acumulados daquela corte nos anos seguintes. Todavia, a limitação recursal ainda poderia sofrer maiores limitações, favorecendo uma análise mais aprofundada de questões que ultrapassem interesses individuais ou locais, em prol de materiais de importância nacional e com vínculo constitucional direto.

CONCLUSÃO

Diante do presente estudo, pode-se dizer, a título de conclusão, que o papel do Judiciário sofreu sensível alteração na evolução dos estados liberais e sociais para o atual estado democrático, passando a assumir novas incumbências que aumentaram a conotação política das questões a ele submetidas.

Com base nestas conclusões preliminares, constatou-se que o Poder Judiciário necessitava de uma maior legitimidade democrática no procedimento de escolha de seus membros. Neste tema, consideraram-se as incompatibilidades do sufrágio popular com a atividade jurisdicional, em face da independência que membros da magistratura necessitam para desempenhar seu mister de maneira imparcial. Por outro lado, observou-se que, no que concerne especificamente ao Supremo Tribunal Federal, diante do alto grau de politicidade das questões postas à sua análise, necessitam seus membros de maior representatividade democrática.

Na sequência, asseverou-se que, por estas mesmas especificidades, mostra-se necessário que exista um controle da atividade jurisdicional. No que concerne à jurisdição ordinária, a revisão recursal e a fiscalização do Conselho Nacional de Justiça atendem razoavelmente a esta exigência, porém, no âmbito do STF, ante a inaplicabilidade destas duas formas de controle, a legitimidade democrática se faz mais necessária.

Por fim, defendeu-se que o Supremo Tribunal Federal necessita de alterações para se compatibilizar com as exigências democráticas, e indicam-se quatro pontos principais: procedimento mais democrático de eleição de seus membros; mandato com duração determinada; não exercício pelos membros de outros empregos ou funções; e competência exclusiva de defesa das normas constitucionais.

mentos de casos concretos, o que inviabiliza uma prestação efetiva na tutela da Constituição, demonstrando que os ministros do STF têm cerca de três minutos por feito. Isto torna os veredictos praticamente monocráticos, pois, na maior parte das causas, os ministros seguem o relator na decisão, confiando forçosamente em sua análise preliminar diante da falta de tempo para uma apreciação mais cuidadosa. Com isso, fica claro que, para que se confira ao STF natureza de Corte Constitucional, deve-se, em primeiro lugar, impedir que este funcione como quarta instância, enxugando sua competência (LIMA, 2001, p. 59 e ss.).

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 81-108, jan./jun. 2012

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2. ed. Campinas: Russell, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- 108 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LIMA, Francisco Gérson Marques. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC, 2001.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ROCHA, José Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- UCHÔA, Marcelo Ribeiro. *Controle do judiciário: da expectativa à concretização (o primeiro biênio do Conselho Nacional de Justiça)*. Florianópolis: Conceito, 2008.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre polícia e jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2009.
- VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Data de recebimento: 17/4/2011

Data de aprovação: 4/9/2012

A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CIVIL

GOOD FAITH IN CIVIL LAW

Gretchen Lückeroth Novaes*

RESUMO

Em 1916, a sociedade brasileira era eminentemente agrária, as partes eram livres para contratar, e o positivismo era concebido como sinônimo de segurança jurídica. Atento às nuances da nova estrutura socioeconômica, urbana e globalizada, foram recepcionados no Código de 2002 os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade. A boa-fé objetiva constituiu o núcleo em torno do qual se operou toda a alteração do diploma civil. Houve a valorização das normas abertas, deixando para os magistrados o importante papel de avaliar qual é a melhor solução para o caso concreto. O objetivo deste trabalho é elucidar a importância da incorporação do princípio da boa-fé objetiva no nosso ordenamento civil como norma de criação de deveres jurídicos e de limitação ao exercício de direitos subjetivos, visando à solução de conflitos de interesses e à pacificação social justa.

Palavras-chave: Boa-fé; Cooperação; Conduta.

ABSTRACT

In 1916, Brazilian society was predominantly agrarian, the parties were free to hire and positivism was seen as synonymous with legal certainty. Attentive to the nuances of the new socioeconomic structure, urban, globalized, were welcomed into the 2002 Code the principles of ethics, sociality and operability. The objective good faith was the core around which all worked to change the civil law. There was appreciation of open standards, leaving the important role judges to evaluate what is the best solution to the case. The objective of this work is to elucidate the importance of incorporating the principle of objective good faith in our civil order as a standard for creating legal duties and exercise limitation of subjective rights, seeking to resolve conflicts of interest and just social pacification.

Keywords: Good Faith; Cooperation; Conduct.

* Advogada, Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Endereço: Avenida Olegário Maciel, n. 490/601, Centro, CEP 35.300-000, Caratinga/MG, e-mail: gretchenluckerth@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

A boa-fé objetiva está presente há muito tempo em diversos ordenamentos jurídicos, mas foi introduzida, de forma expressa, no Código Civil brasileiro apenas em 2002. Não obstante sua positivação tardia, esse princípio não passou despercebido pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, que já o concebiam como parâmetro de conduta a reger o comportamento das partes em suas relações negociais.

Com o novo ordenamento civil, inspirado no Código Alemão, valorizou-se a função concretizadora da boa-fé objetiva pelos magistrados, em uma vigorosa reação às concepções do positivismo jurídico. Isso não constitui cerceamento da liberdade individual ou a transferência para os magistrados da escolha daquilo que representa o melhor interesse dos indivíduos. Afinal, o julgador não poderá decidir ao seu livre-arbítrio, mas deverá fundamentar satisfatória e racionalmente a decisão proferida segundo o método da concreção.

A restauração do equilíbrio das relações negociais civis será efetivada pela intervenção do judiciário que, adotando a boa-fé objetiva, examinará a totalidade do contexto que circunda o caso concreto, para buscar a solução mais justa e solucionar os conflitos de interesses, reprimindo os abusos.

34 DIFERENCIAÇÃO ENTRE BOA-FÉ OBJETIVA E SUBJETIVA

A boa-fé tratada pelo Direito obrigacional é a boa-fé objetiva. Na doutrina alemã, a boa-fé objetiva e a subjetiva são designadas por expressões diferentes: uma é a *guter Glaube* ou *guter Glauben* (boa crença), enquanto a outra é referida por *Treu und Glauben* (lealdade e crença).

A boa-fé subjetiva é um estado psicológico em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que, em verdade, existe na aparência. O indivíduo se encontra em escusável situação de ignorância sobre a realidade dos fatos e da lesão a direito alheio.

Consoante os ensinamentos de Miguel Reale:¹

Em primeiro lugar, importa registrar que a boa-fé apresenta dupla faceta, a objetiva e a subjetiva. Esta última – vigorante, *v.g.*, em matéria de direitos reais e casamento putativo – corresponde, fundamentalmente, a uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito. Já a boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade,

¹ REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/rentncc.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2008.

A boa-fé objetiva no direito civil

modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal.

Por sua vez, a boa-fé objetiva é um princípio, sinalizando às partes um tipo de conduta. O contraente tem o dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, não frustrando a confiança legítima da outra parte.

Na realidade, exige-se que os contraentes guardem um determinado padrão ético de conduta, funcionando a boa-fé objetiva como ponte entre os mundos ético e jurídico ou, mais tecnicamente, como um princípio ético-jurídico.

Trata-se, acentua Clóvis do Couto Silva,² de um mandamento de consideração, mais especificamente, “o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o *alter*”.

Representa a boa-fé objetiva uma reação contra o individualismo, cobrando das partes um comportamento que leve em conta o interesse do parceiro contratual: um agir solidário. Certamente, o dever não se mostra ilimitado na medida em que não exige que o sujeito coloque o interesse do parceiro sobre o próprio. Não se trata aqui de um ato de abnegação, mas da ideia de cooperação, que se acha na essência da relação obrigacional, constituindo a chave para se entender o seu funcionamento.

A aplicação da boa-fé objetiva não se limita à fase contratual, mas alcança também a etapa que antecede a efetivação da avença, denominada pré-contratual (culpa *in contrahendo*), chegando a produzir efeitos após o cumprimento da prestação principal, denominada responsabilidade pós-contratual ou *post pactum finitum*.

O dever de comportar-se conforme a boa-fé alcança não apenas o devedor e o credor. Na moderna dogmática contratual, terceiros não adstritos ao vínculo não mais são considerados alheios ao contrato.

Menezes Cordeiro³ faz referência à quebra do princípio segundo o qual “do convênio entre partes determinadas, não poderia advir ação alguma contra terceiros ou a seu favor”. Na realidade, podem-se visualizar situações de deveres dos contraentes para com terceiros – chamada eficácia protetora de terceiros, ou hipóteses em que se exige um determinado comportamento de terceiros em face do contrato.

² COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

³ CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO COMPARADO

A origem do conceito e da expressão linguística da boa-fé remete-nos ao Direito Romano. Bernardo Wainstein⁴ lembra que, desde o Direito Romano, já se admitia como regra geral a *exceptio doli*, que consistia no poder de impedir que se preponderasse uma conduta que, em tese, estava de acordo com a norma jurídica, mas estava sendo realizada de má-fé, com o objetivo de prejudicar o outro.

No Código Napoleônico, a norma prevista no art. 1.135 obrigava a observar a lealdade em todas as fases do vínculo e impunha o dever de não frustrar as expectativas despertadas no parceiro em virtude da relação negocial.

Na Alemanha, foi na jurisprudência comercial que a boa-fé objetiva se firmou como um princípio. Posteriormente, o BGB reservou dois parágrafos consagrando-o: o § 242, que ordena ao devedor e ao credor que ajam de acordo com os costumes do tráfego e consoante os ditames da boa-fé objetiva, de modo a resguardar os legítimos interesses do *alter* originados a partir do contato negocial; e o § 157, que regula a interpretação dos contratos, determinando que seja realizada de acordo com a confiança e a boa-fé.

A partir dos parágrafos supramencionados, os juristas alemães começaram a identificar a existência de deveres acessórios ou obrigações anexas decorrentes da própria natureza do vínculo assumido, ainda que não expressas nos contratos, prescindindo, assim, da vontade dos contratantes.

36

Na dicção do professor Clóvis do Couto e Silva,

começava a reconhecer-se no princípio da boa-fé uma fonte autônoma de direitos e obrigações; transforma-se a relação obrigacional manifestando-se no vínculo dialético e polêmico, estabelecido entre devedor e credor, elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento.⁵

A ampla interpretação realizada na leitura dos sobrescritos parágrafos foi acolhida pela jurisprudência alemã, concretizando a abstração contida neles.

Foi também na Alemanha que Ihering idealizou as primeiras manifestações sobre a responsabilidade pré-negocial, utilizando-se da boa-fé objetiva como fundamento para fixar indenizações decorrentes da celebração de contratos nulos. Mais tarde, a boa-fé objetiva também serviu de fundamento para estipulação de ressarcimento de danos ocasionados a partir da divulgação de informações sigilosas, eventos nocivos aos clientes, falta de informação sobre circunstâncias importantes para o parceiro contratual, entre outros.

⁴ WAINSTEIN, Bernardo Julius Alves. *Novo direito dos contratos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. p. 79.

⁵ COUTO E SILVA, Clóvis do. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*, p. 47, apud USTÁRROZ, Daniel. Contrato no novo Código Civil. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, n. 51, p. 18-23, jan./fev. 2008. p. 19.

A boa-fé objetiva no direito civil

Os principais ordenamentos europeus, seguindo o entendimento da jurisprudência alemã, foram, gradativamente, assimilando a necessidade de elaborar cláusulas e princípios gerais.

O Código italiano, no seu art. 1.337, disciplinou a responsabilidade surgida no período das tratativas, na fase pré-contratual. Também estabeleceu que as partes, envolvidas em relações obrigacionais, deviam comportar-se segundo as regras da correção.

O Código Civil Português, de 1966, também incluiu o princípio da boa-fé objetiva em seus dispositivos, conforme transcrevemos:

Art. 227, I: Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

Art. 239: na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

Art. 762, 2: no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé.

A boa-fé também teve acolhida nos países da *common law*, como se constata no Código Comercial Uniforme americano (UCC): “Cada contrato ou obrigação no quadro da presente lei impõe uma obrigação de boa-fé no adimplemento ou execução do contrato”. O próprio Código define o significado de boa-fé: “*good faith means honesty in fact in the conduct or transaction concerned*”.

37

A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Nos diplomas nacionais, excetuando a menção contida no Código Comercial, foi no Código de Defesa do Consumidor que a boa-fé objetiva encontrou efetiva acolhida.

Ao traçar os princípios fundamentais da política nacional de consumo, o legislador consumerista instituiu a boa-fé no seu art. 4º, III, determinando-a como base para a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e para a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica.

Também no art. 51, IV, estabeleceu a nulidade de pleno direito das cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou equidade.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 33-44, jan./jun. 2012

Gretchen Lückeroth Novaes

O Código Civil de 2002, na linha do Código Consumerista, adotou expressamente a boa-fé objetiva, positivando-a nos arts. 113, 187 e 422. Essa postura, segundo Daniel Ustárroz,⁶ permite que magistrados e demais operadores possam apoiar argumentações há muito desenvolvidas (teoria da base do negócio jurídico, quebra positiva do contrato, lesão enorme, adimplemento substancial etc.) em norma legal explícita.

A aplicação da boa-fé, todavia, não se limita à órbita do direito privado. A Lei n. 8.666/93, que institui normas para Licitações e Contratos da Administração Pública, ao reconhecer no seu art. 54 ser aplicável aos seus comandos os princípios norteadores da teoria geral dos contratos, adotou, por via de consequência, o princípio da boa-fé objetiva, *in verbis*:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

A Lei que regula os processos administrativos no âmbito federal (Lei n. 9.784/99), por sua vez, previu expressamente a boa-fé como parâmetro de ação tanto do administrado (art. 4º, II) quanto da Administração Pública (art. 2º, parágrafo único, IV), norteando, assim, a conduta das partes na realização do interesse público.

38

Os contratos administrativos, assim como os contratos privados, instituem direitos e obrigações para as partes contraentes, que devem observância ao princípio da boa-fé objetiva, entendido este como um dever de conduta, capaz de ser objetivamente analisado, pautado pela confiança, cooperação, transparência e lealdade.

A quebra do pacto negocial pela contrariedade à boa-fé objetiva não fundamenta tão somente possíveis revisões contratuais em favor do particular, mas de qualquer das partes, inclusive da própria Administração Pública, quando se encontrar excessiva e injustamente onerada em função de determinados pactos negociais.

A BOA-FÉ NO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil de 1916, de índole liberal, considerava que os indivíduos eram livres para escolher o parceiro e as condições do contrato. O dogma da autonomia da vontade era concebido como fonte exclusiva dos efeitos do contrato, e a relação obrigacional era limitada a uma relação crédito-débito, considerando o credor e o devedor como duas partes opostas.

⁶ USTÁRROZ, 2008, p. 21.

A boa-fé objetiva no direito civil

Sob esse espírito, não se reconheciam direitos acessórios ao pacto negocial, e a boa-fé objetiva significava que as partes deveriam cumprir o contrato exatamente como fora ajustado. Anísio José de Oliveira, ao criticar a teoria de Wendt, segundo a qual a boa-fé seria a explicação para a justificação da cláusula *rebus sic stantibus*, asseverava:

pensamos que tanto a boa-fé como a moral são conceitos estáveis, flutuantes e não se prestam para fundamentar construções jurídicas, pois, o direito prefere lidar com elementos objetivos. Essas teorias estão na estratosfera jurídica. Quando não se quer dizer nada então diz-se boa-fé ou moral. A de Wendt, por exemplo, é bastante imprecisa, pois adota como fundamentação um critério impreciso, como seja o da boa-fé. É um conceito vago, flutuante e o Direito não pode ser baseado em conceituação móvel, ondulantes, movediços.

Cada indivíduo, é bom que se diga, tem uma ideia do que seja moral ou boa-fé; outros não acham nada e alguns nem conhecem coisa alguma. Acrescentaria dizendo que não se define “ex nunc” moral e boa-fé.⁷

O Código Civil de 2002 é um código para iguais, um código para civis em suas relações negociais. Não resta dúvida de que não visa à tutela de uma das partes como hipossuficiente, mas igualmente não pode passar despercebido que nem sempre as partes são verdadeiramente livres quando pretendem contratar.

A formação dos grandes conglomerados empresariais e a adoção indiscriminada dos contratos de adesão mitigaram a ideia da autonomia privada e forçaram a uma releitura do princípio da boa-fé objetiva, conforme bem observa Amanda Flávio Oliveira:

Aumentaram sensivelmente as necessidades humanas, resultado do desenvolvimento de técnicas de *marketing* cada vez mais agressivas e direcionadas. Imperou a impessoalidade das relações, como fruto da concentração de empresas, que ocasionou o aparecimento de verdadeiros conglomerados econômicos, com o objetivo de fornecer produtos e serviços no mercado. Verificou-se uma verdadeira luta pelo poder, quase sempre poder econômico, que conduziu a atitudes de deslealdade, abusos de toda ordem, falta de transparência no agir.⁸

Nesse contexto, atento a essa transformação social e à mudança de comportamento dos civis em suas relações, o legislador do novo Código Civil harmoni-

⁷ OLIVEIRA, Anísio José de. *A cláusula rebus sic stantibus através dos tempos*. Belo Horizonte: [s.e.], 1968, p. 122.

⁸ OLIVEIRA, Amanda Flávio. O juiz e o novo contrato: considerações sobre o contrato à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: RT, 2005. p. 327.

Gretchen Lückeroth Novaes

zou os princípios liberais do contrato aos princípios sociais do contrato, que abrangem a função social, a boa-fé objetiva e a equivalência material.

Reconhecendo o valor concedido à boa-fé como uma das mais relevantes diferenças entre o Código Civil de 1916 e o de 2002, o professor Miguel Reale, supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil de 2002, no artigo *A boa-fé no Código Civil*, aduziu que o novo código apresenta a eticidade, cuja base é a boa-fé, como um dos princípios diretores que o distinguem do individualismo do Código revogado de 1916.

Nesse sentido, Clóvis do Couto e Silva observou que “a relevância recentemente dada ao princípio da boa-fé, no campo do direito das obrigações, expressa talvez a principal reação contra as ideias e o sistema do positivismo jurídico, no plano da ciência do direito”.⁹

Encontramo-nos em fase de mudanças no Direito, cuja característica mais marcante, segundo Daniel Ustárroz,

é a recuperação da confiança no homem, que se manifesta na valorização do homem-advogado, juiz ou promotor. Ultrapassado o apogeu da filosofia escolástica, que buscava tudo regular mediante métodos abstratos e apriorísticos de raciocínio, hoje se entende que o magistrado não deva estar passivo, simplesmente mediando o contraditório das partes. Tanto isso é verdade que o sistema da prova legal cedeu posto ao da persuasão racional.¹⁰

40

Dentro dessa perspectiva, valorizam-se os conceitos jurídicos indeterminados, as cláusulas gerais e os princípios gerais de Direito.

BOA-FÉ E CLÁUSULAS GERAIS DE DIREITO

O legislador impôs uma mudança na interpretação do Direito, abandonando o rigorismo positivista para adotar as cláusulas abertas. O método da subsunção, segundo o qual da confrontação entre o tipo legal e os fatos apresentados no caso concreto chega-se a hipótese fática vertente, é substituído pelo método da concreção. O jurista não mais aplica a norma automaticamente ao caso concreto, mas instrumentaliza, por meio de análise valorativa, o que se encontra abstrata e genericamente contido nas normas gerais.

Segundo Miguel Reale,

O resultado da compreensão superadora da posição positivista foi a preferência dada às normas ou cláusulas abertas, ou seja, não subordi-

⁹ COUTO E SILVA, 2008, p. 41.

¹⁰ USTÁRROZ, 2008, p. 22.

A boa-fé objetiva no direito civil

nadas ao renitente propósito de um rigorismo jurídico cerrado, sem nada se deixar para a imaginação criadora dos advogados e juristas e a prudente, mas não menos instituidora, sentença dos juízes. Daí a necessidade de ser ela analisada como *conditio sine qua non* da realização da justiça ao longo da aplicação dos dispositivos emanados das fontes do direito, legislativa, consuetudinária, jurisdicional e negocial.¹¹

Ressalte-se que o Direito não se resume ao que está inserido no código. Ao mesmo tempo em que as cláusulas gerais conferem certa liberdade ao julgador, ao preencher valorativamente a norma abstrata, vinculam o juiz aos fundamentos de sua decisão, que deverá ser orientada pelos melhores valores jurídicos.

Fabiano Menke pondera que “as cláusulas gerais também impõem limites ao julgador, que não poderá preenchê-las apenas com seu livre-arbítrio; ao invés disso, exige-se do magistrado fundamentação racional e convincente para a finalidade de se afastar os abusos”.¹²

Miguel Reale, no artigo *Sentido do Código Civil*, assevera que:

É indispensável, porém, ajustar os processos hermenêuticos aos parâmetros da nova codificação, pois como nos ensina o insigne filósofo Hans Georg Gadamer – falecido recentemente aos 102 anos – a hermenêutica não se reduz a mero conjunto de normas interpretativas, porque é da essência mesma da realidade cultural que se quer compreender. Nada seria mais prejudicial do que interpretar o novo Código Civil com a mentalidade formalista e abstrata que predominou na compreensão da codificação por ele substituída. A boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências.¹³

A técnica hermenêutica das cláusulas gerais remete o intérprete não apenas a outras normas e valores do próprio sistema jurídico, mas também a valores externos ao sistema. Nesse processo hermenêutico, o aplicador deverá buscar suporte em outras fontes valorativas para fundamentar suas decisões.

Nesse sentido, Canaris ensina que:

A multiplicidade dos postulados singulares da ideia de Direito solicita, por isso, o legislador a fazer uso de todas as referidas possibilidades

¹¹ REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/rentncc.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2008.

¹² MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 50, 2004. p. 33.

¹³ REALE, Miguel. *Sentido do novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/rentncc.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2008.

Gretchen Lückeroth Novaes

formativas e apenas uma escolha criteriosa entre elas dá bons resultados perante o problema da polaridade dos mais altos valores jurídicos. Não se pode, porém, dizer em geral qual a solução preferível; isso depende da estrutura particular da matéria em causa e do valor que lhe subjaza.¹⁴

As cláusulas gerais colocaram em maior relevo o trabalho dos julgadores. Criou-se um instrumento hábil a restaurar o equilíbrio das relações negociais, ensejando ao Estado-juiz a recomposição da justiça social.

Os limites da aplicação das cláusulas gerais serão determinados pelos operadores do direito e pela própria sociedade. Também a doutrina deverá auxiliar os julgadores na construção de diretrizes seguras e adequadas na constituição de um sistema justo, que atenda aos anseios da sociedade.

CONCLUSÃO

42

Sob o manto de valores éticos, o novo Código Civil, na linha dos demais ordenamentos ocidentais, adotou expressamente o princípio da boa-fé objetiva, apresentando uma vigorosa reação às concepções do positivismo jurídico, do individualismo e do formalismo, às quais estava submetido o então revogado Código de 1916.

A boa-fé objetiva não constitui um mandamento ético abstrato, mas, ao contrário, é uma norma que condiciona e legitima toda a vivência jurídica, seja na interpretação das leis ou nas cláusulas de um contrato, razão pela qual representa um instrumento indispensável para a realização da justiça.

A incorporação do princípio da boa-fé objetiva no nosso ordenamento civil opera positivamente, criando deveres jurídicos, e negativamente, limitando o exercício de direitos subjetivos, impedindo condutas contraditórias.

Por configurar uma norma vaga, constitui o princípio da boa-fé objetiva um importante fator de mobilidade do sistema jurídico. O que se encontra abstrata e genericamente contido nessa cláusula geral de direito será valorado pelo magistrado, que decidirá o caminho mais adequado para a solução do caso concreto.

Permite-se, agora, que o sistema jurídico seja amoldado constantemente às necessidades da vida social, econômica e jurídica, solucionando-se os conflitos de interesses de forma justa.

¹⁴ CANARIS, Claus-Vilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação C. Gulbenkinan, 1996. p. 147.

REFERÊNCIAS

- CANARIS, Claus-Vilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação C. Gulbenkinan, 1996.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico. *Revista Magister, Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Magister: Porto Alegre, 2008.
- FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 50, 2004.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio. O juiz e o novo contrato: considerações sobre o contrato à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: RT, 2005.
- OLIVEIRA, Anísio José de. *A cláusula rebus sic statinbus através dos tempos*. Belo Horizonte: [s.e.], 1968.
- REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/rentncc.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2008.
- REALE, Miguel. *Sentido do novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/rentncc.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2008.
- SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A boa-fé objetiva na relação contratual. *Cadernos de Direito Privado*, Série da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo: Manole, 2004.
- USTÁRROZ, Daniel. Contrato no novo Código Civil. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, n. 51, p. 18-23, jan./fev. 2008.
- WAINSTEIN, Bernardo Julius Alves. *Novo direito dos contratos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

Data de recebimento: 29/7/2009

Data de aprovação: 5/9/2012

**AUTONOMIA RELATIVA DO DIREITO EM PIERRE
BOURDIEU E O NORMATIVISMO:
DA CRÍTICA SOCIOLÓGICA À LÓGICA PRÓPRIA DO DIREITO**

**LAW'S RELATIVE AUTONOMY IN PIERRE
BOURDIEU AND NORMATIVISM:
FROM THE SOCIOLOGICAL CRITIC TO LAW'S OWN LOGIC**

*Robert Steven Vieira Taves**

RESUMO

A relação de dominação e emancipação no direito está diretamente vinculada ao grau de autonomia do discurso jurídico. De um lado, a crítica sociológica do século XIX e do início do século XX desmascarou o caráter ideológico do direito que reproduziria discursos hegemônicos ou relações sociais de dominação. Por outro, é manifesto que o discurso jurídico possui certas particularidades e que seus agentes se movem por razões próprias no campo social. Pierre Bourdieu, a partir dessas duas correntes de pensamento, atribui uma relativa autonomia ao discurso jurídico, cujo cerne seria a lógica própria do direito. Este trabalho discute a dominação e a emancipação no direito, bem como sua autonomia, aproximando a lógica própria do direito ao discurso normativista que teve seu ápice no positivismo relativista, mas que subsiste mitigado nas versões mais atuais da teoria jurídica.

Palavras-chave: Sociologia; Direito; Autonomia relativa; Normativismo; Positivismo.

ABSTRACT

The relation between domination and emancipation in Law is directly linked to the degree of autonomy of legal speeches. On one hand, the sociological critique of the nineteenth and early twentieth century unmasked Law's ideological character to reproduce hegemonic speeches or social relations of domination. On other hand, it is clear that the legal discourse has certain peculiarities and their agents move in the social

* Mestrando em Hermenêutica Jurídica e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Analista Jurídico, Assessor de Gabinete de Procurador Regional da República no Ministério Público Federal. Endereço físico: Rua Washington, 605, apto 701, bairro Sion, Belo Horizonte/MG, CEP 30315-540, e-mail: roberttavess@gmail.com.

Robert Steven Vieira Taves

field for their own reasons. From these two lines of thought, Bourdieu assigns to legal discourse a relative autonomy, whose core would be law's own logic. This paper discuss the domination and emancipation in law as well as its autonomy, approaching law's own logic to the normative speech that peaked during relativistic positivism and yet remains, even though mitigated by legal theory in its most current versions.

Keywords: Sociology; Law; Relative autonomy; Normativism; Positivism.

INTROITO

O discurso jurídico científico, se pretende alguma legitimidade, não pode desconsiderar a crítica sociológica. Fazê-lo seria deixar de adotar uma postura reflexiva sobre a relação do Direito com o poder ou, mais claramente, com o estado das relações de força na sociedade; seria uma irresponsável mudez sobre a dominação e emancipação pelo direito.

PERSPECTIVA EXTERNALISTA

A perspectiva da crítica da economia política de inspiração marxista compreendeu o fenômeno social do direito como um discurso de dominação que, quando muito, refletia o verdadeiro fundamento da integração social, qual seja, as relações de produção:

Com tal mudança de perspectivas, levada a cabo pela economia política e pela crítica da economia política, a categoria do direito perde sua posição-chave na estratégia teórica. Parece que a reprodução da vida social é por demais complexa, não se prestando a uma apreensão por parte das figuras normativas rígidas do direito racional: E se começa a pensar que os próprios mecanismos da integração social são de natureza não normativa. A anatomia da sociedade burguesa, vertida em conceitos da economia política, possui um efeito desmascarador; revela que o esqueleto que mantém coeso o organismo social não é mais o conjunto das relações de direito, e, sim, o das relações de produção.¹

Nessa primeira manifestação da crítica sociológica, que Habermas denomina funcionalista, o direito e seu discurso são reduzidos à superestrutura da base econômica de uma sociedade ao assegurar a disposição social dos meios de produção.² Essa concepção ainda pressupõe um conceito de totalidade de sociedade que apenas substitui o Estado, protagonista dessa unidade em Hegel, pela

¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1, p. 68-69.

² HABERMAS, 2012, p. 69.

Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

economia.³ A totalidade, porém, não resiste ao aprofundamento do historicismo, com sua crítica aos princípios teleológicos que a inspiraram,⁴ tampouco persiste ao crescente pluralismo axiológico nas sociedades.

O funcionalismo, em sua perspectiva objetivadora, ainda assim, assume outras manifestações mais elaboradas, de Levi-Strauss até Althusser e Foucault, denominadas funcionalistas por Habermas; bem como a Teoria dos Sistemas de Luhmann, em que as relações sociais do sistema jurídico das quais o direito seria mecanismo são destacadas da sociedade com um todo.⁵ Essas novas elaborações funcionalistas não reduzem o direito apenas a um discurso reprodutor das relações sociais hegemônicas. Contudo, continuam concebendo as relações jurídicas discursivas como mera expressão de um sistema próprio de interações sociais, mais ou menos, autônomas.

A perspectiva que Habermas denomina funcionalista pode ser tomada, sem maiores perdas, pela compreensão sociológica externalista ou instrumental que Bourdieu denuncia. Essa visão concebe o direito como mero reflexo ou um utensílio a serviço dos dominantes.⁶ Nas palavras do sociólogo francês, nela se vê:⁷

[...] no direito e na jurisprudência um *reflexo directo* das relações de força existentes, em que se exprimem as determinações econômicas e, em particular, os interesses dos dominantes, ou então, um instrumento de dominação, como bem o diz a linguagem do Aparelho, reactivada por Louis Althusser.

155

Trata-se de uma compreensão parcial do fenômeno do direito que subestima o papel integrador do discurso jurídico, à qual duas críticas inter-relacionadas são feitas. A primeira fora formulada por Bourdieu, segundo a qual os defensores da visão externalista “[...] ignoram paradoxalmente a *estrutura* dos sistemas simbólicos e, neste caso particular, a *forma* específica do discurso jurídico”.⁸ Por mais que se confie na força da ideologia, a prática jurídica revela a particularidade das relações sociais entre seus agentes, bem como o esforço e a vinculação de seus participantes a razões propriamente jurídicas. Constata-se que há uma interação entre os agentes jurídicos, mais ou menos distanciada de outros âmbitos de relações sociais. E não só isso, mas essa interação fundamenta um discurso jurídico que apresenta uma forma específica. De acordo com Bourdieu:

³ HABERMAS, 2012, p. 69.

⁴ Ibid., p. 70.

⁵ Ibid., p. 71.

⁶ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 209.

⁷ BOURDIEU, 2010, p. 210.

⁸ Ibid., p. 210.

Isto porque, tendo reiterado a afirmação ritual da autonomia relativa das “ideologias”, eles passaram em claro a questão dos fundamentos sociais desta autonomia, quer dizer, mais precisamente, a questão das condições históricas que se devem verificar para poder emergir, mediante lutas no seio do campo do poder, um universo social autônomo, capaz de produzir e de reproduzir, pela lógica do seu funcionamento específico, um *corpus* jurídico relativamente independente dos constrangimentos externos. Desse modo, abstiveram-se de determinar a contribuição específica que, pela própria eficácia da sua forma, o direito pode dar ao cumprimento das suas presumidas funções.⁹

A perspectiva funcionalista desprestigia o discurso de validade jurídica e desconsidera a imperatividade dos enunciados normativos e as expectativas normativas de comportamento. Essas expectativas e imperatividade fazem com que o discurso jurídico não seja uma mera expressão de relações sociais de um âmbito específico, o jurídico, mas que determine, crie, elimine e modifique essas relações. Os efeitos do discurso, na perspectiva de Habermas,¹⁰ consubstanciam-se na própria intersubjetividade linguística, e não pela conformação às relações sociais.

A segunda consequência que nos interessa é a extinção de todos os vestígios que a autocompreensão normativa do sistema jurídico deixara para trás nas teorias clássicas da sociedade. A própria reinterpretação das expectativas normativas de comportamento, que passam a ser expectativas cognitivas mantidas contrafactualmente, tal como se dá na teoria da aprendizagem, apaga a dimensão deontológica da validade normativa e, com isso, o sentido ilocucionário de mandamentos e normas de ação.¹¹

Essa colocação habermasiana, levada a sério, conduz a outra crítica.

A segunda crítica à visão externalista da sociologia jurídica não fora destacada expressamente por Bourdieu como um argumento próprio, mas está clara no conjunto de sua análise do que denomina campo jurídico. Nesse sentido, por se relacionar estreitamente com a primeira crítica, pode-se concordá-la com a teoria do sociólogo francês.

⁹ BOURDIEU, 2010, p. 210.

¹⁰ Não se ignora a importante divergência entre as abordagens de Jürgen Habermas e Pierre Bourdieu. Percebe-se que, para Habermas, as relações sociais nada mais são do que relações discursivas e intersubjetividade e, para Bourdieu, as relações discursivas ao mesmo tempo refletem e alteram (estrutura-estruturante) as relações sociais simbólicas e sua objetividade de inspiração fenomenológica, sem confundi-las. Essa divergência, no entanto, não parece ser insuprimível estritamente no que tange às críticas dos autores à perspectiva funcionalista ou externalista da sociologia sobre o direito.

¹¹ HABERMAS, 2012, p. 74.

Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

A visão externalista concebe o direito como mero reflexo das relações sociais ou das relações próprias do sistema jurídico, o qual se distancia e apenas concorre com os demais sistemas. Essa visão negligencia as alterações que o próprio discurso jurídico promove nas relações sociais e nos demais sistemas. O instrumentalismo se foca na influência das relações sociais sobre o direito e subestima o fluxo inverso, a influência do direito nas relações sociais, a qual é reduzida a mera retroalimentação, que apenas consolida os valores, posições ou simbolismos já presentes nas relações sociais.

Ronald Dworkin, que adota uma postura oposta à crítica sociológica, que, a seguir, será denominada internalista, faz duras críticas à redução do direito a um mero reflexo das relações sociais.¹² A partir da perspectiva daqueles que fazem reivindicações jurídicas, Dworkin destaca que o resultado da argumentação realizada nos âmbitos discursivos particulares do direito determina as ações e relações desses agentes no âmbito jurídico:

O outro é o ponto de vista interior daqueles que fazem as reivindicações. [...] Essas pessoas não querem que se especule sobre as reivindicações jurídicas que farão, mas sim demonstrações sobre quais dessas reivindicações são bem fundadas e por quê; querem teorias não sobre o modo como a história e a economia formaram sua consciência, mas sobre o lugar dessas disciplinas na demonstração daquilo que o direito exige que elas façam ou tenham.¹³

157

Habermas se refere a essa consequência da perspectiva funcionalista ao criticar a Teoria dos Sistemas de Luhmann, afirmando que, segundo ela, o direito se torna desprovido das funções de orientação da sociedade como um todo, isto é, de sua capacidade de efetivamente influir no mundo de forma regulatória, não metaforicamente.¹⁴ Bourdieu, por sua vez, não situa a teoria de Luhmann dentro da crítica sociológica externalista ao direito, mas a aproxima da resposta do pensamento jurídico a essa crítica. Ainda assim, o sociólogo francês formula contra ela a mesma objeção de ausência de interpenetração entre os sistemas e entre o discurso e as relações sociais.¹⁵

PERSPECTIVA INTERNALISTA

A contrapartida do pensamento jurídico a essa visão externalista ou funcionalista não é menos parcial e ingênua, pois se fecha na normatividade do di-

¹² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 17-18.

¹³ DWORKIN, 2007, p. 18.

¹⁴ HABERMAS, 2012, p. 73.

¹⁵ BOURDIEU, 2010, p. 211-212.

Robert Steven Vieira Taves

reito racional. Trata-se de um tênue traço teórico comum que, por curioso que seja, está presente tanto na jurisprudência dos conceitos quanto no positivismo crítico do século XX, com Hans Kelsen e Herbert Hart, e até mesmo na concepção de justiça de John Rawls. São teorias que concebem os institutos jurídicos e as decisões como frutos de uma forma própria de raciocínio jurídico que, em si mesmo, não é mero reflexo das relações sociais.

A crítica a essa resposta dada pelo pensamento jurídico se apresenta em Habermas como uma crítica particular a Rawls:¹⁶

A partir dos anos 70, o ataque das ciências sociais ao normativismo do direito racional desencadeou uma reação surpreendente. E a filosofia do direito, seguindo a esteira da reabilitação geral de questionamentos da filosofia prática, deu uma guinada, passando a revalorizar, de uma forma por demais direta, a tradição do direito racional. Quando surgiu a “Teoria da Justiça”, de John Rawls (1971), o pêndulo oscilou para o outro lado. Entre os filósofos e juristas, inclusive entre economistas, introduziu-se um discurso ingênuo que retoma teoremas do século XVII e XVIII, como se não fosse preciso tomar ciência do desencantamento do direito, levado a cabo pelas ciências sociais.

158

Bourdieu, por sua vez, volta suas reflexões àquela que talvez tenha sido a grande manifestação do que Habermas denomina normativismo do direito racional: a Teoria Pura do Direito.¹⁷ Por mais que o normativismo kelseniano fosse criticado, não se pode ignorar que cunhou o raciocínio normativista próprio, que mesmo os pós-positivistas não abandonaram completamente. Identifica-se nesse momento a originária e autêntica manifestação enquanto tal daquilo que Bourdieu conceituaria como a lógica específica do direito. O sociólogo francês denomina essa perspectiva de internalista ou formalismo jurídico e sobre ela esclarece que:

A “ciência jurídica” tal como a concebem os juristas e, sobretudo, os historiadores do direito, que identificam a história do direito com a história do desenvolvimento interno dos seus conceitos e dos seus métodos, apreende o direito com um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo a sua “dinâmica interna”.¹⁸

A crítica a essas construções teóricas, já antecipada acima, não exige hodiernamente grande fôlego argumentativo, pois o discurso jurídico não pode ser isolado do complexo de relações sociais, da história, do horizonte linguístico

¹⁶ HABERMAS, 2012, p. 83.

¹⁷ BOURDIEU, 2010, p. 209.

¹⁸ BOURDIEU, op. cit., p. 209.

Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

mais amplo da sociedade em que se insere e no qual seus agentes estão imersos. A ilusão da independência do direito não se sustenta nem mesmo no normativismo positivista relativista. Hart reconhece a textura aberta do direito¹⁹ e Kelsen usa a metáfora da moldura para a indeterminação da aplicação de normas gerais a casos concretos,²⁰ encerrando no âmago de suas teorias a semente do que as corroeria.

AUTONOMIA RELATIVA

A partir da dicotomia entre as perspectivas externalista e internalista, pode-se concluir com Bourdieu que o direito é um campo de relativa autonomia em relação aos demais. Os outros campos sociais, ainda que distintos do campo jurídico, preenchem o direito de significado e o influenciam ao mesmo tempo que sofrem seu influxo semântico e sua regulamentação. Essa interpenetração discursiva reflete uma interação social entre os campos de igual independência relativa:

Para romper com a ideologia da independência do direito e do corpo judicial, sem se cair na visão oposta, é preciso levar em linha de conta aquilo que as duas visões antagonistas, internalista e externalista, ignoram uma e outra, quer dizer, a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física.²¹

159

A compreensão dessa autonomia relativa exige primordialmente o entendimento de três conceitos, *habitus* jurídico, campo jurídico e lógica específica do direito. São conceitos densos, originais e cuja análise acurada tomaria um vasto tempo e muitas folhas de que este estudo não dispõe, além de desviar do objeto que aqui se pretende tratar. Dessa forma, serão sintetizados aqui apenas no que são imprescindíveis para a compreensão da autonomia relativa do direito.

O *habitus* pode ser entendido como as disposições internalizadas pelo agente com certa permanência não só em sua mente e seu discurso, mas em seu corpo como um todo, incluindo seu consciente, inconsciente, raciocínio, seu arranjo anatômico e gestual.²² Ele sedimenta o sujeito em sua individualidade e envolvimento social pelo acúmulo contínuo de vivências, no sentido mais amplo

¹⁹ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Coimbra: Calouste Gulbenkian, 2007. p. 141.

²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 390.

²¹ BOURDIEU, 2010, p. 211.

²² BOURDIEU, op. cit., p. 61.

do termo. O *habitus* seria mesmo a história em estado incorporado.²³ Aproxima-se das virtudes práticas aristotélicas e sua *hexis*, bem como do primado da razão prática de Fichte,²⁴ também formando o senso moral do sujeito, mas sem possuir em si mesmo qualquer conotação de qualidade ou defeito, bem ou mal. O *habitus* apenas expõe o que há das condições sociais na formação do sujeito, em toda a sua arbitrariedade e historicidade.

Por essa razão, o *habitus* e seus efeitos se apresentam para o sujeito como naturalizados, embora ele tenha sido construído historicamente e estar em constante renovação gradual e resistente.²⁵

O conceito permitia a Bourdieu fugir do estruturalismo sem cair na ultrapassada filosofia da consciência,²⁶ aliando a isso, ainda, as condições sociais de produção da subjetividade, sem se reduzir a um determinismo social:

O habitus, como diz a palavra, é aquilo que se adquiriu, que se encarnou no corpo de forma durável, sob a forma de disposições permanentes. [...] é uma espécie de máquina transformadora que faz com que nós “reproduzamos” as condições sociais de nossa própria produção, mas de uma maneira relativamente imprevisível, de uma maneira tal que não se pode passar simplesmente e mecanicamente do conhecimento das condições de produção ao conhecimento dos produtos.²⁷

160

Nesse sentido, as várias competências e habilidades que qualificam um sujeito para ser um agente jurídico e, mais do que isso, a visão de mundo, a disposição corporal, a linguagem, a carga de simbolismos e tudo o mais que caracterizar os incluídos no campo do direito, comporiam o *habitus* jurídico.

O conjunto de disposições pessoais criadas já na graduação em Direito, muitas vezes já preparado por uma trajetória de vida ligada às carreiras jurídicas de familiares, e completada nos primeiros anos da carreira, leva os juristas a desenvolver profundamente um “*habitus*” judicial que envolve toda uma visão do mundo através de categorias jurídicas, criando um universo autônomo fechado às pressões externas, e imune a tais questionamentos, que eles têm como ilegítimos, por virem de fora do campo jurídico, originando-se nos interesses e lógicas próprios aos demais campos.²⁸

²³ BOURDIEU, 2010, p. 82.

²⁴ BOURDIEU, op. cit., p. 61.

²⁵ ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. O direito na obra de Pierre Bourdieu: os campos jurídico e político. *Estudos Jurídicos*, v. 38, n. 1, p. 46-53, jan./abr. 2005. p. 47.

²⁶ BOURDIEU, 2010, p. 61.

²⁷ BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983. p. 105.

²⁸ ROCHA, 2005, p. 48.

Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

O *habitus* forma e é formado, simbioticamente, pelo campo que lhe é respectivo. Pode-se afirmar que campo é o complexo de relações sociais distinto por objetos de disputa e interesses próprios, integrado por valores e disposições mentais específicas forjados no respectivo *habitus*.

Um campo, e também o campo científico, se define entre outras coisas através da definição dos objetos de disputas e dos interesses específicos que são irredutíveis aos objetos de disputas e interesses próprios de outros campos (não se poderia motivar um filósofo com as questões próprias dos geógrafos) e que não são percebidos por quem não foi formado para entrar nesse campo (cada categoria de interesses implica a indiferença em relação a outros interesses, a outros investimentos, destinados assim a serem percebidos como absurdos, insensatos, ou nobres, desinteressados). Para que um campo funcione, é preciso que haja objetos de disputas, e pessoas prontas para disputar o jogo, dotadas de *habitus* que impliquem o conhecimento e o reconhecimento das leis imanentes do jogo, dos objetos de disputas, etc.²⁹

A homologia entre os campos permitiu a Bourdieu desenvolver o que denominou de Teoria Geral dos Campos, identificando em todos eles elementos análogos.³⁰ Esses elementos correspondem a conceitos inicialmente apropriados pela economia, mas que a ela não pertencem privativamente, como capital, oferta, demanda, monopólio e outros, em que os valores financeiros referidos são substituídos pelo valor simbólico.³¹

Assim, as posições dos agentes no interior de cada campo dependerão de seu capital simbólico, o poder simbólico que a ele se atribui, ou melhor, que é reconhecido como legítimo pelos demais agentes do campo, que desconhecem sua arbitrariedade. Nesse sentido, “[...] o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível, o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”.³²

Em última instância, todo poder simbólico é um poder linguístico, o qual consiste no reconhecimento pelos demais da capacidade de um agente nomear o mundo para um dado campo, isto é, aptidão atribuída para produzir representações simbólicas, como se as tivesse apenas revelando ou descobrindo.

O poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo; poder

²⁹ BOURDIEU, 1983, p. 89-94.

³⁰ BOURDIEU, 2010, p. 66-67.

³¹ Ibid., 2010, p. 68.

³² Ibid., p. 7-8.

Robert Steven Vieira Taves

quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário.³³

A linguagem, segundo Bourdieu, possui uma função comunicativa, de criar consensos linguísticos ao nomear e permitir a comunicação, interação e integração social. Porém, ela também tem uma função de divisão, ao cunhar uma dada forma de nomear as coisas, uma visão de mundo, e relegar o inominado ao esquecimento e os dissensos à marginalização.³⁴ Igualmente, o poder simbólico distribuído dentro de um determinado campo se põe a definir ao distinguir. Separa, de um lado, o que se insere no campo e possui algum poder e, de outro, aquilo que está excluído, o profano, desprovido de poder. Ademais, a desigualdade da distribuição do poder simbólico hierarquiza os agentes inseridos no campo entre os poderosos dominantes e os dominados de menor poder.

Para romper com essa filosofia social é preciso mostrar que, embora seja legítimo tratar as relações sociais – as próprias relações de dominação – como interações simbólicas, isto é, como relações de comunicação que implicam o conhecimento e o reconhecimento, não se deve esquecer que as trocas linguísticas – relações de comunicação por excelência – são também relações de poder simbólico onde se atualizam as relações de força entre os locutores ou seus respectivos grupos.³⁵

162

Dessa forma, a dinâmica da relação entre os agentes de determinado campo é regida por um jogo de linguagem, em alusão a Wittgenstein, no qual está em disputa o poder simbólico de ser o portador do discurso legítimo tão arbitrário quanto são as regras do jogo.³⁶ A postura conservadora dos detentores de posições dominantes no campo (ortodoxia) combate a postura herética dos inferiormente posicionados (heterodoxia). Porém, ambos concordam e não põem em questão as regras do confronto, do jogo linguístico que constitui o campo.³⁷

Aplicada ao direito, a noção cunhada por Bourdieu permite propor a compreensão de um campo jurídico, assim definido pelo próprio sociólogo francês:

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reco-

³³ BOURDIEU, 2010, p. 14.

³⁴ Ibid., p. 10-11.

³⁵ BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas: o que falar quer dizer*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2008. p. 23-24.

³⁶ BOURDIEU, 2010, p. 69.

³⁷ BOURDIEU, 2008, p. 122.

Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

nhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas.³⁸

Apenas os incluídos no campo jurídico dominam a linguagem de nomeação jurídica, é dizer, somente os agentes jurídicos ofertam produtos jurídicos e, dentro de seu campo, lutam por maior poder nesse monopólio.³⁹ É justamente a maior ou menor capacidade interpretativa incorporada pelos agentes em seu *habitus* jurídico que os inclui no campo como iniciados e, ao mesmo tempo, contribui para sua hierarquização no interior do campo.

O conceito de campo busca fugir da dicotomia da interpretação interna, em seu formalismo tendente a uma falsa noção de autonomia, e da explicação externa reducionista a formas sociais.⁴⁰ Não se nega, porém, a inter-relação entre os campos, que terão maior ou menor autonomia, da mesma forma que vários *habitus* específicos se imbricam para formar o *habitus* individual de um sujeito.

A compreensão da autonomia relativa do direito, pela perspectiva de Bourdieu, pressupõe a ideia de campo em substituição a uma apreensão vaga de sociedade:

A noção de campo substitui a de sociedade, pois, para ele, uma sociedade diferenciada não se encontra plenamente integrada por funções sistêmicas, mas, ao contrário, é constituída por um conjunto de microcosmos sociais dotados de autonomia relativa, com lógicas e possibilidades próprias, específicas, com interesses e disputas irredutíveis ao funcionamento de outros campos.⁴¹

LÓGICA ESPECÍFICA DO DIREITO

Essa capacidade interpretativa inculcada pelos agentes em seu *habitus*, que os qualifica como pertencentes ao campo jurídico, define tal campo e lhe confere relativa autonomia, reside na sua lógica específica, a qual seria duplamente determinada:

³⁸ BOURDIEU, 2010, p. 212.

³⁹ *Ibid.*, p. 212.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 64.

⁴¹ CATANI, Afrânio Mendes. As possibilidades analíticas da noção de campo social. *Educação e Sociedade*, v. 32, n. 114, p. 189-202, mar. 2011. Disponível em: <http://buscador.periodicos.capes.gov.br/V/JDEMHKC8SPSM6QDM48Y5HKSM2J_FPV4T4J3T4DL_CHDUF8UNT7HJY-11599?func=meta-3&short-format=002&set_number=009897&set_entry=000024&format=999>. Acesso em: 3 jan. 2012.

Robert Steven Vieira Taves

As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas, que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas.⁴²

Relações de força específicas no interior do campo jurídico

O primeiro elemento determinante da lógica específica do campo jurídico são as relações de força específicas que nele se desenvolvem e lhe dão estrutura. Sobre essa questão, Bourdieu destaca dois grandes polos:⁴³

As diferentes categorias de intérpretes autorizados tendem sempre a distribuir-se entre dois polos extremos: de um lado, a doutrina, monopólio dos professores que estão encarregados de ensinar, em forma normalizada e formalizada, as regras em vigor; do outro lado, a interpretação voltada para a avaliação prática de um caso particular, apanágio de magistrados que realizam actos de jurisprudência e que podem, deste modo – pelo menos alguns deles – contribuir também para a construção jurídica.

164

As relações académicas de direito, que muito participam da incorporação do *habitus* jurídico pelos pretendentes a juristas, funcionam como um verdadeiro rito de instituição.⁴⁴ No Brasil, elas passam pela laboriosa aprovação no vestibular para faculdades de direito melhor ou pior posicionadas na hierarquia do campo e culminam com a obtenção do título de bacharel e, em regra, com a aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Destaque-se que essa prova foi unanimemente respaldada pelos mais incluídos quando questionada judicialmente.⁴⁵ Nesse complexo de relações, detém destaque a posição dos professores que se voltam para a sintaxe do direito, na coerência e harmonia do ordenamento jurídico como unidade sistemática de normas,⁴⁶ até mesmo pela facilitação didática.

Por sua vez, há os magistrados cuja posição de destaque no campo jurídico é assegurada até mesmo por força da lei, ou melhor, do art. 5º, XXXV, e 95 da

⁴² BOURDIEU, 2010, p. 211.

⁴³ *Ibid.*, p. 217.

⁴⁴ BOURDIEU, 2008, p. 97.

⁴⁵ Confira: STF, RE 603.583/RS, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 26.10.2011.

⁴⁶ BOURDIEU, *op. cit.*, p. 218.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 153-188, jan./jun. 2012

Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

Constituição, que lhes atribui a atividade jurisdicional da qual nem mesmo podem se furtar ou ser afastados. No Brasil, essa posição privilegiada na hierarquia social do campo também é respaldada por um rito de instituição que inclui a aprovação em dificultado concurso de provas e títulos, também exigido juridicamente pela Constituição em seu art. 93, I. Aos juízes é própria uma abordagem pragmática do ordenamento jurídico, voltada para a solução de casos concretos e solução de problemas práticos, casos limites.⁴⁷

As características próprias dos discursos jurídicos surgem da concorrência interna em cada um desses polos, entre aqueles que ocupam posições dominantes e os demais agentes jurídicos, como advogados, notários e outros.⁴⁸ Ao mesmo tempo em que concorrentes, essas posições interpretativas, no conjunto do campo, complementam-se na formação do discurso jurídico, segundo Bourdieu, na forma de uma divisão do trabalho de dominação.⁴⁹

A elaboração de um corpo de regras e de procedimentos com pretensão universal é produto de uma divisão do trabalho que resulta da lógica espontânea da concorrência entre diferentes formas de competências ao mesmo tempo antagonistas e complementares que funcionam como outras tantas espécies de capital específico e que estão associadas a posições diferentes no campo.⁵⁰

A concorrência entre os intérpretes, portanto, é limitada pelas regras desse embate, a lógica jurídica, que distingue os produtos interpretativos de meros atos políticos à medida que são concebidos como “[...] resultado necessário de uma interpretação regulada de textos unanimemente reconhecidos [...]”.⁵¹ Os agentes, por mais divergentes que sejam, não estão completamente dispostos a renunciar a essas restrições,⁵² ou mesmo são incapazes de fazê-lo sem um esforço reflexivo particularmente difícil.

Justamente o que não é tão disputado no discurso, ou seja, as regras do combate no nível das relações sociais, é que constitui a lógica específica do direito, distinguindo as enunciações e os participantes habilitados dos afastados.

Lógica interna das obras jurídicas

O segundo elemento determinante da lógica específica do campo jurídico é a lógica interna das obras jurídicas.⁵³ Esse é o elemento que atua no nível dis-

⁴⁷ BOURDIEU, 2010, p. 218.

⁴⁸ Ibid., p. 216-218.

⁴⁹ Ibid., p. 219.

⁵⁰ Ibid., p. 217.

⁵¹ Ibid., p. 214.

⁵² Ibid., p. 214.

⁵³ Ibid., p. 211.

cursivo, consubstanciando o discurso jurídico, cerne deste estudo. Por essa razão, a ele será dado aqui maior destaque na composição da lógica própria do direito.

A descrição que Bourdieu faz da lógica interna das obras jurídicas permite firmar basicamente três características dessa forma de pensar e discursar o direito. Antes de tudo, é preciso compreender que elas não se referem apenas à exteriorização das falas jurídicas, em um sentido expositivo de racionalização, mas, assumindo o caráter linguístico de todo o pensamento, cunham o interior do próprio raciocínio dos agentes jurídicos, no sentido intelectual de racionalização. O duplo sentido dessa racionalização, em alusão a Freud e Weber, dá-se por meio da incorporação desse discurso pelos agentes em seu *habitus* jurídico.⁵⁴

A primeira característica da lógica das obras jurídicas é o emprego da retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade, marcada por construções passivas, conjugações no indicativo, verbos atestivos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado⁵⁵ ou, como é comum no português, emprego de sujeito oculto. Essas construções gramaticais formam um interlocutor impessoal, afastado e neutro, capaz de renegar à própria subjetividade em benefício da revelação imparcial do sentido da lei.⁵⁶

Sua segunda característica é retirada do fato de que a interpretação jurídica sempre se volta para uma finalidade prática, a solução do caso concreto, e, para isso, encontra limites graves.⁵⁷ Cumpre aos juristas conformar princípios e regras em uma unidade sistemática de normas, o ordenamento jurídico, organizadas de forma coerente. Afasta-se de antemão qualquer possibilidade de antinomias ou lacunas que não sejam apenas aparentes ou sanáveis com recurso ao próprio ordenamento.⁵⁸ Nas palavras de Bourdieu:⁵⁹

Pertence aos juristas, pelo menos na tradição dita romano-germânica, não o descrever das práticas existentes ou das condições de aplicação prática das regras declaradas conformes, mas sim o *pôr-em-forma* dos princípios e das regras envolvidas nessas práticas, elaborando um corpo sistemático de regras assente em princípios racionais e destinado a ter uma aplicação universal. Participando ao mesmo tempo de um modo de pensamento teológico – pois procuram a revelação do justo na letra da lei – e do modo de pensamento lógico – pois pretendem pôr em prática o método dedutivo para produzirem as aplicações da lei ao caso particular –, [...] eles praticam uma exegese que tem por fim racional-

⁵⁴ BOURDIEU, 2010, p. 216.

⁵⁵ Ibid., p. 215-216.

⁵⁶ Ibid., p. 215-216.

⁵⁷ Ibid., p. 213.

⁵⁸ Ibid., p. 213.

⁵⁹ Ibid., p. 221.

Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

zar o direito positivo por meio de trabalho de controle lógico necessário para garantir a coerência do corpo jurídico e para deduzir dos textos e das suas combinações consequências não previstas, preenchendo assim as famosas “lacunas” do direito.

A terceira característica é o cânone jurídico, a necessária referência feita nas proposições jurídicas a disposições normativas que recorrem à autoridade de outras normas até a Constituição ou a uma norma fundamental, convencidos “[...] de que o direito tem o seu fundamento nele próprio [...]”.⁶⁰ Essa referência se dá ainda à unidade sistemática de normas referida na característica anterior da lógica das obras jurídicas e à sua construção teórica⁶¹ pelos teóricos constitucionais e teóricos puros.⁶² Essa remissão representa um “[...] reservatório de autoridade que garante, à maneira de um banco central, a autoridade dos actos jurídicos singulares”,⁶³ dela decorrendo dedutivamente, “[...] uma *cadeia de legitimidade* que subtrai os seus actos ao estatuto de violência arbitrária”.⁶⁴

As três características acima destacadas da obra de Bourdieu compõem a lógica específica do direito, ou melhor, do discurso jurídico, cerne do que possui de autonomia e da *ilusão* de que essa autonomia é absoluta.⁶⁵

Aprofundando essas considerações no âmbito da prática discursiva do direito é possível identificar essa lógica específica do direito com o aspecto normativo da argumentação jurídica, isto é, o discurso normativista de inspiração positivista. O próprio Bourdieu já insinua essa identidade ao posicionar no cerne da concepção do direito enquanto um sistema fechado e autônomo a iniciativa kelseniana de formular uma Teoria Pura do Direito.⁶⁶

167

DISCURSO NORMATIVISTA E LÓGICA ESPECÍFICA DO DIREITO

As três características da lógica das obras jurídicas apontadas por Bourdieu são facilmente identificadas no interior do discurso jurídico contemporâneo, em sua parte que bem poderia ser denominada subdiscurso normativista.

Não seria possível nestas breves páginas realizar uma reconstrução histórica socioconceitual do normativismo, o que também incidiria em grave desvio do objeto deste estudo. Basta situá-lo dentro da proposta de uma fundamentação

⁶⁰ BOURDIEU, 2010, p. 214.

⁶¹ Ibid., p. 219.

⁶² Ibid., p. 220.

⁶³ Ibid., p. 219.

⁶⁴ Ibid., p. 220.

⁶⁵ Ibid., p. 222.

⁶⁶ Ibid., p. 209.

formal do direito, inaugurada pelo legalismo do século XIX e, após, com o positivismo relativista do século XX.⁶⁷

O legalismo restringia a interpretação quase a um processo autômato de desvelar um significado objetivo inculcado na letra da lei. É o que preconizava a Escola da Exegese de Demolombe, a doutrina analítica de Austin e a teoria da *Herrschaft* de Jellinek. Professavam obstinados a autoridade do Estado e a discricionariedade daquele que formula leis, em especial a última corrente.⁶⁸ A autoridade do Estado e do legislador democrático, como fundamento de validade do direito, não resistiram à crítica sociológica exposta no início deste estudo. O direito, o próprio Estado e até o legislador foram reduzidos às relações sociais e não possuíam em si mesmos qualquer fundamento próprio de validade, nem mesmo formal.

Conforme já visto, a resposta do pensamento jurídico a essa visão externalista ou funcionalista da crítica sociológica já clássica foi se fechar na crença na racionalidade do direito. A pretensão mais ou menos consciente era de voltar para a normatividade do direito racional e nela buscar uma metodologia jurídica própria,⁶⁹ que lhe proporcionasse um critério de validade formal independente.

A manifestação mais acabada dessa metodologia seria a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen na tradição jurídica romano-germânica, como Bourdieu acusa,⁷⁰ e na tradição anglo-americana, na qual concorre com a teoria de Herbert Hart. São sistemas teóricos complexos e extensos que descrevem a atividade jurídica como um silogismo da norma ao fato e tomam por critério o ordenamento jurídico objetivamente positivado. A validade reside no sentido objetivo dos atos e das normas efetivamente postas que culminam em uma norma fundamental⁷¹ ou na existência fáticas das regras em geral e da própria regra de reconhecimento,⁷² e não tanto na autoridade do Estado ou do legislador e sua subjetividade arbitrária redutível a relações sociais.⁷³ Ao esboçar essas teorias aqui, apenas serão reconstruídos seus postulados mais fundamentais, os quais permanecem transmutados no subdiscurso normativista, apesar das inúmeras críticas e refutações sofridas pelo positivismo.

⁶⁷ TRAVESSONI GOMES, Alexandre. Fundamentação do direito e argumentação jurídica: a proposta de Alexy. MORGADINHO, Nuno Manuel (Org.). In: *O fundamento do direito: estudos em homenagem ao Professor Sebastião Trogo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008. p. 295-302.

⁶⁸ GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Cláudia Beliner, revisão Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 73-74.

⁶⁹ KELSEN, 1998, p. 1-2.

⁷⁰ BOURDIEU, 2010, p. 209.

⁷¹ KELSEN, op. cit., p. 3 e 9.

⁷² HART, 2007, p. 111, 114.

⁷³ KELSEN, op. cit., p. 215-217; HART, op. cit., p. 122.

Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

A primeira característica da lógica das obras jurídicas é o emprego da retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade. Kelsen não faz em sua obra *Teoria pura do direito* uma apologia expressa ao uso de construções passivas, conjugações no indicativo, verbos atestivos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado, tampouco de qualquer outra forma discursiva. No entanto, utiliza em todo o texto essa retórica da neutralidade, permitindo-se mitigá-la muito pouco com o uso esporádico do plural majestático.

Ademais, ainda que considere a produção normativa um ato de vontade, Kelsen distingue a norma posta do ato que a põe e do qual ela seria apenas o sentido objetivo, diferença que corresponderia ao sentido de “ser” em contraposição ao de “dever-ser”.⁷⁴ O jurista austríaco também distingue a norma prescrita da proposição jurídica que a expressa⁷⁵ e, ao fazer ambas as distinções, constata como as normas são descritas em palavras pelo emprego da retórica da neutralidade:

Na medida, porém, em que as normas jurídicas são expressas em linguagem, isto é, em palavras e proposições, podem elas aparecer sob a forma de enunciados do mesmo tipo daqueles através dos quais se constata fatos. A norma segundo a qual o furto deve ser punido é frequentemente formulada pelo legislador na seguinte proposição: o furto é punido com pena de prisão; a norma que confere ao chefe de Estado competência para concluir tratados assume a forma: o chefe de Estado conclui tratados internacionais.⁷⁶

169

Kelsen descreve a preferência da tradição jurídica pela retórica da neutralidade e, reproduzindo-a, assim descreve a forma das proposições jurídicas ao abordar o princípio da imputação:

Proposições jurídicas são, por exemplo, as seguintes: Se alguém comete um crime, deve ser-lhe aplicada uma pena; se alguém não paga a sua dívida, deve proceder-se a uma execução forçada do seu patrimônio; se alguém é atacado de doença contagiosa, deve ser internado num estabelecimento adequado. Procurando uma fórmula geral, temos: sob determinados pressupostos, fixados pela ordem jurídica, deve efetivar-se um ato de coerção, pela mesma ordem jurídica estabelecido.⁷⁷

Hart também utiliza em sua obra *O conceito de direito* essa retórica da neutralidade, apesar de mitigá-la mais com o uso frequente do plural majestático.⁷⁸

⁷⁴ KELSEN, 1998, p. 5-10.

⁷⁵ Ibid., p. 83-84

⁷⁶ Ibid., p. 81.

⁷⁷ Ibid., p. 86.

⁷⁸ HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

Robert Steven Vieira Taves

O autor inglês também realiza uma distinção entre a perspectiva externa e a interna de abordagem teórica do direito, próxima daquela acima exposta e de que se valem Bourdieu e Habermas. A visão externalista percebe o fenômeno jurídico de fora do sistema jurídico, ao reduzir as regras a meras regularidades comportamentais observadas empiricamente de forma a permitir certo grau de previsibilidade de uma reação hostil ao seu descumprimento.⁷⁹ Por sua vez, a visão internalista é a que possui a maioria da sociedade enquanto cidadãos sujeitos ao direito ou a seus aplicadores.⁸⁰ Esses sujeitos não constatarem uma simples regularidade ou previsibilidade de hostilidade, mas tomam a própria regra como razão para a própria reação hostil,⁸¹ ou seja, “[...] como padrões para a apreciação do comportamento próprio e dos outros”.⁸² A cada uma das perspectivas corresponderia um vocabulário próprio.⁸³ Embora se utilizem de recursos estilísticos próximos, a afirmação externa se caracteriza por não incorporar os pressupostos do discurso jurídico, já a afirmação interna pressupõe a adoção da regra de reconhecimento, a autoridade e, de certa forma, a objetividade do direito.⁸⁴ Ao distinguir e exemplificar os dois vocabulários, Hart procede como Kelsen e acaba reproduzindo a retórica da neutralidade ao reconhecê-la presente no discurso jurídico também:⁸⁵

170

Talvez a mais simples destas expressões seja “O direito dispõe que...” que podemos ouvir da boca não só dos juizes, mas até de homens comuns vivendo sob o domínio dum sistema jurídico, quando identificam uma dada regra do sistema. [...] Esta atitude de aceitação compartilhada de regras deve ser contraposta à de um observador que registra *ab extra* o facto de que um grupo social aceita tais regras, mas ele próprio não as aceita. A expressão natural deste ponto de vista externo não é “O direito dispõe que...”, mas “Na Inglaterra reconhecem como direito... tudo que a Rainha no Parlamento aprova...”. À primeira destas formas de expressão chamaremos uma afirmação interna, porque manifesta o ponto de vista interno e é naturalmente usada por quem, aceitando a regra de reconhecimento e sem declarar o facto de que é aceite, aplica a regra, ao reconhecer uma qualquer regra concreta do sistema como válida. À segunda forma de expressão chamaremos afirmação externa, porque é a linguagem natural de um observador externo ao sistema que,

⁷⁹ HART, 2007, p. 99-100.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 100.

⁸¹ *Ibid.*, p. 100.

⁸² *Ibid.*, p. 108.

⁸³ *Ibid.*, p. 113.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 114.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 100.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 153-188, jan./jun. 2012

Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

sem aceitar ele próprio a regra de reconhecimento desse sistema, enuncia o facto de que outros a aceitam.⁸⁶

Pertinente se faz observar que o próprio Hart chama a atenção para o carácter naturalizado dessas expressões e, portanto, da retórica da neutralidade no discurso jurídico, o que em Bourdieu se justifica pelo desconhecimento de sua arbitrariedade e sua incorporação pelos agentes.

Este estudo mesmo compartilha dessa naturalização da retórica da neutralidade, característica do discurso jurídico e também do discurso científico, ao optar pela voz passiva, pelo sujeito oculo e por verbos atestivos no indicativo.

A segunda característica da lógica das obras jurídicas é conformar princípios e regras em uma unidade sistemática de normas, o ordenamento jurídico, afastando antinomias ou lacunas que limitam a solução do caso concreto.

Nesse ponto, Kelsen é claro e categórico ao conceber o ordenamento jurídico como uma unidade sistemática. Essa unidade consiste na reunião das normas de uma ordem sob o império de determinada norma fundamental e haverá tantos ordenamentos quanto forem tais normas fundamentais.⁸⁷ Essa unidade, no que é mais relevante para essa segunda característica da lógica jurídica, “[...] também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que se não contradizem”.⁸⁸

Outro aspecto importante dessa sistematicidade é a compreensão do ordenamento jurídico como um todo de normas escalonadas, em que as inferiores têm por fundamentos de validade normas superiores e, portanto, aquelas a estas se submetem hierarquicamente até o ápice da pirâmide do ordenamento, a norma fundamental.⁸⁹ Imediatamente inferior à norma fundamental e dela derivando sua validade estaria a Constituição; abaixo desta, as normas gerais que seriam as leis e, submetidos a estas, as normas administrativas; então, viriam os atos e negócios jurídicos; e, por fim, as decisões judiciais que, para Kelsen, são normas individuais.⁹⁰ Para o jurista austríaco, os precedentes e a doutrina, por não serem vinculantes por força de norma, por sua vez, não consubstanciam dever-ser e, pois, não seriam normas e tampouco fontes do direito em sentido jurídico puro.⁹¹

Kelsen afasta os possíveis conflitos de normas pela interpretação e divide os casos de antinomia em dois grupos: os conflitos entre normas de mesma posição hierárquica; e os conflitos entre decisões judiciais.

⁸⁶ HART, 2007, p. 114.

⁸⁷ KELSEN, 1998, p. 217.

⁸⁸ Ibid., p. 228.

⁸⁹ Ibid., p. 215-217.

⁹⁰ Ibid., p. 259.

⁹¹ Ibid., p. 259.

O conflito entre normas gerais de mesma hierarquia pode ser solucionado de duas formas. Primeiro, aplicar-se-ia o critério expresso no brocardo *lex posterior derogat priori*, de forma que a norma mais antiga deve ser considerada revogada pela mais recente.⁹² Caso as normas tenham sido positivadas pelo mesmo ato, deve-se compreender que as normas conflitantes, na verdade, indicam que ao juiz é dado optar entre as duas ou, se a contradição não é total, que uma deve ser exceção à outra.⁹³ Se nenhuma dessas duas compreensões for possível, não haverá solução; mas, também, não haverá conflito, pois, se as proposições jurídicas não fazem sentido e a norma é o sentido objetivo de tais proposições, logo, não há norma.⁹⁴

Importante se faz notar que, para Kelsen, na verdade não há conflito se as normas forem de escalões diferentes, pois se a norma inferior não condiz com a superior, na verdade, aquela nem mesmo existiria, pois não seria válida, e apenas esta regularia o fato.⁹⁵

O segundo grupo de conflito, referente a decisões judiciais que seriam normas individuais, segundo Kelsen, também se subdivide. Se as decisões emanarem de tribunais diferentes, prevalecerá a que não permanecer eficaz, pois, se não tiver eficácia, não tem validade, de acordo com a norma fundamental.⁹⁶ Se prolatadas pelo mesmo órgão julgador, também aqui se estará diante de um ato sem sentido e, se a norma é o sentido objetivo, então, não há norma individual.⁹⁷

O jurista austríaco também refuta qualquer possibilidade de lacuna no ordenamento jurídico, ao afirmar que, quando não há uma norma geral que regule de modo positivo uma conduta, esta conduta estaria regulada de modo negativo, sendo permitida.⁹⁸ Nesse sentido, não se estaria aplicando ao fato nada que não fosse o próprio ordenamento, pois:

[...] quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta. A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica – e isso também é aplicação do Direito. A aplicação do Direito não está logicamente excluída.⁹⁹

⁹² KELSEN, 1998, p. 230.

⁹³ Ibid., p. 230-231.

⁹⁴ Ibid., p. 231.

⁹⁵ Ibid., p. 232, 295-305.

⁹⁶ Ibid., p. 231-232.

⁹⁷ Ibid., p. 232.

⁹⁸ Ibid., p. 273.

⁹⁹ Ibid., p. 273.

Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

Kelsen, porém, não ignora as dificuldades hermenêuticas inerentes à pluri-
vocidade dos termos jurídicos, admitindo certa discricionariedade do magistra-
do quando da aplicação da norma ao caso concreto.¹⁰⁰ Dentro da estrutura do
ordenamento, uma norma superior não determina ou vincula completamente o
conteúdo ou a forma da norma inferior, seja ela uma norma geral ou uma norma
individual, isto é, uma sentença na aplicação do direito.¹⁰¹ No entanto, para sus-
tentar que a norma serve de fundamento formal objetivo para o direito e toda a
estrutura escalonada da ordem jurídica, é preciso que em alguma medida a
norma superior limite a norma inferior ou a interpretação na aplicação da lei. O
célebre positivista, então, apega-se à semântica e à constatação de que, se a ex-
pressão verbal da norma veicula várias significações, outras tantas não são por
ela veiculadas, não fariam sentido e não seriam possíveis.¹⁰² A norma é, assim,
concebida como uma moldura dentro da qual significados em um número amplo,
mas passível de delimitação, são possíveis e juridicamente válidos:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura den-
tro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é con-
forme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou
moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

[...]

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente con-
duzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possibil-
mente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas
pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se
torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do
tribunal, especialmente.¹⁰³

173

Embora Hart seja menos analítico com relação à solução de antinomias e à
integração do ordenamento jurídico, não é menos categórico ao afirmar o caráter
sistemático do direito.¹⁰⁴ Segundo o jurista britânico, o ordenamento é compos-
to de normas primárias que prescrevem condutas e normas secundárias que
regulam a determinação, criação, eliminação e alteração de normas primárias.¹⁰⁵
As regras secundárias se subdividem em regras de alteração, de julgamento e,
com destaque, de reconhecimento, a qual é referida por todas as demais e deter-
mina o que é tido por direito e faz parte do sistema e o que não é (fls. 107, 104-
106). Nesse sentido, as regras primárias se subordinam às regras secundárias e,

¹⁰⁰ KELSEN, 1998, p. 388-390.

¹⁰¹ Ibid., p. 388.

¹⁰² Ibid., p. 390.

¹⁰³ Igualmente KELSEN, op. cit., p. 390.

¹⁰⁴ HART, 2007, p. 112.

¹⁰⁵ HART, op. cit., p. 91, 104.

em última instância, à regra de reconhecimento, em um silogismo normativo escalonado.¹⁰⁶ A regra de reconhecimento é a regra última que, reunindo todas as outras sobre seus critérios de admissão, confere unidade e, pois, sistematicidade ao ordenamento.¹⁰⁷ Dentro dessa estrutura, as categorias de regras do *common law* se organizam hierarquicamente a partir da constituição e, seguindo abaixo sucessivamente, leis, decretos, regras incorporadas em precedentes e convenções.¹⁰⁸

No cerne do sistema jurídico proposto por Hart, estão duas condições necessárias e suficientes. Uma exige que as regras primárias válidas devem ser geralmente obedecidas pelos cidadãos. A outra demanda que as regras de reconhecimento, de alteração e de julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos e comuns de comportamento social pelos seus aplicadores.¹⁰⁹

Hart também não ignora as dificuldades hermenêuticas inerentes à pluri-
174 vidade dos termos jurídicos e, assim como Kelsen, admite certa discricionariedade do magistrado quando da aplicação da norma ao caso concreto.¹¹⁰ Igualmente, o britânico recorre então a um núcleo de certeza definido em casos familiares em que o significado dos termos se apresenta inequívoco.¹¹¹ Esse núcleo de significado estabelecido sustenta a ideia de sistema jurídico ao possibilitar a subsunção, o silogismo normativo e certa vinculação dos magistrados a regras.¹¹² No entanto, periféricamente a esse núcleo de casos familiares, outras questões fatalmente surgem nas fronteiras dos termos e as opções de interpretação dentro dessas franjas se apresentam igualmente válidas juridicamente.¹¹³ Essa “textura aberta” é uma condição da própria linguagem empregada em termos gerais nas regras jurídicas e não só é inevitável, como também é útil, pois permite contornar as limitações de conhecimento de fato e finalidade na capacidade de previsão do Legislador.¹¹⁴ Essa abertura e espaço de escolha, porém, pressupõem a existência de uma regra que não deixa de influenciar a decisão, na medida em que é o seu termo que está sendo aplicado e essa escolha do intérprete ocorre apenas nos casos ou pontos fronteiros de seu sentido.¹¹⁵

A terceira característica da lógica das obras jurídicas é o cânone jurídico, talvez o aspecto em que a influência positivista na construção do discurso normativista foi mais duramente criticada e mitigada.

¹⁰⁶ HART, 2007, p. 104-105, 111.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 105.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 105.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 128.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 134, 140, 149.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 134, 139-140.

¹¹² *Ibid.*, p. 149, 157-158.

¹¹³ *Ibid.*, p. 140.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 139-141.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 149, 151-152, 159-160.

Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

A Teoria Pura do Direito preceitua que toda a validade do direito reside nas normas; a validade das normas inferiores, nas normas superiores; até o ápice da pirâmide do ordenamento, a norma fundamental.¹¹⁶ Esse normativismo chega ao ponto de ser excludente à medida que, para o jurista austríaco, os precedentes e a doutrina não serviriam de fundamento de validade ao direito. A jurisprudência, as considerações doutrinárias e qualquer outra proposição, por não derivarem de uma norma positiva superior, não são, por si mesmas, normas e, portanto, não vinculam.¹¹⁷ Segundo essa concepção, a referência a proposições jurídicas não só é necessária, mas é suficiente e excludente na fundamentação da validade do direito.

Em última instância, em Kelsen, toda essa validade decorre da norma fundamental. Essa norma, vértice máximo da pirâmide representativa de todo um ordenamento jurídico, seria a única dessa ordem que não teria sido positivada ou posta, mas seria pressuposta.¹¹⁸ Para ater-se ao tema deste estudo, não se engendrará a ardorosa discussão doutrinária sobre o caráter suposto ou pressuposto da norma fundamental, mas o que é claro é sua relação intrínseca com a norma positiva inaugural de um ordenamento, no estágio atual do direito ocidental, a Constituição.¹¹⁹ Ela é condição lógica e interpretativa de se atribuir validade à Constituição e não possui a capacidade de dotar o ordenamento positivo de qualquer valor transcendente.¹²⁰ Se descrita em uma proposição, seu conteúdo seria: “[...] devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição”.¹²¹

A tematização da norma fundamental de certa forma já escapa à ciência jurídica.¹²² O próprio reconhecimento da norma fundamental enquanto tal, para utilizar termos de Bourdieu, implica exatamente sua não problematização, o desconhecimento de sua arbitrariedade, o que em Kelsen já se insinua:

A norma afirmada como objetivamente válida na premissa maior, que opera a fundamentação, é uma norma fundamental se a sua validade objetiva já não pode ser posta em questão. Ela já não é mais posta em questão se a sua validade não pode ser fundamentada num processo silogístico. E não pode ser por essa forma fundamentada se a afirmação do fato de que esta norma foi posta pelo ato de vontade de uma pessoa

¹¹⁶ KELSEN, 1998, p. 3, 9, 215-217.

¹¹⁷ Ibid., p. 259.

¹¹⁸ Ibid., p. 226.

¹¹⁹ Ibid., p. 224-225.

¹²⁰ Ibid., p. 225.

¹²¹ Ibid., p. 225.

¹²² Ibid., p. 227-228.

Robert Steven Vieira Taves

já não é possível como premissa menor de um silogismo. É este o caso se a pessoa a cujas ordens devemos obedecer por força da norma agora em questão é considerada como autoridade mais alta, v.g., se esta pessoa é Deus. Se a validade de uma norma não pode ser fundamentada desta maneira, tem de ser posta como premissa maior no topo de um silogismo, sem que ela própria possa ser afirmada como conclusão de um silogismo que fundamente a sua validade.¹²³

As graves críticas sofridas pela Teoria Pura do Direito talvez derivem justamente disso, pois, somente após sua elaboração, foi possível pôr em discussão o que Kelsen já tinha por algo próximo a um acordo tácito entre os incluídos no campo jurídico:

Com a sua teoria da norma fundamental a Teoria Pura do Direito de forma alguma inaugura um novo método do conhecimento jurídico. Ela apenas consciencializa aquilo que todos os juristas fazem – quase sempre inconscientemente – quando não concebem os eventos acima referidos como fatos causalmente determinados, mas pensam (interpretam) o seu sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como ordem jurídica normativa, sem reconduzirem a validade desta ordem normativa a uma norma superior de ordem metajurídica – quer dizer: a uma norma posta por uma autoridade supraordenada à autoridade jurídica –; quando concebem o Direito exclusivamente como Direito positivo.¹²⁴

176

A obra de Hart, por sua vez, defende que toda a validade das regras decorre do implemento de todas as exigências da regra de reconhecimento e que, somente assim, farão parte do sistema jurídico.¹²⁵ Trata-se do fundamento do sistema jurídico, a regra secundária aceita e utilizada para a identificação das regras primárias de obrigação.¹²⁶ Ela necessariamente existe implícita onde quer que exista um ordenamento jurídico, aceita, ainda que tacitamente, por aqueles submetidos à ordem e pelos que a aplicam.¹²⁷ Nesse sentido, a regra de reconhecimento é o fundamento de toda positividade normativa e ela própria dispensa ser expressa em um diploma legislativo, pois é a própria sustentação de qualquer norma.¹²⁸

Duas das características inter-relacionadas, e que até certo ponto se confundem, da regra de reconhecimento são destacadas por Hart. A primeira é ser o

¹²³ KELSEN, 1998, p. 226.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 228.

¹²⁵ HART, 2007, p. 105.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 111.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 113-114.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 115, 122-123.

Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

critério supremo, referência máxima que dá a palavra final na atribuição de validade jurídica a uma regra.¹²⁹ A segunda é ser a regra última, porquanto ocupa a posição mais alta possível no silogismo normativo de justificação das demais regras, de forma que ela própria não recorre a nenhum outro critério.¹³⁰ A validade da regra de reconhecimento decorre de sua própria existência dúbia: possui caráter fático, pois pressuposta na prática jurídica em que tem eficácia o ordenamento jurídico que instaura; e também caráter normativo, porquanto é regra definidora de um sistema jurídico.¹³¹ Nesse ponto, embora existam controvérsias doutrinárias, a norma de reconhecimento se diferencia da norma fundamental de Kelsen, pois não pode assumir caráter suposto e não se coloca além do direito positivo, mas seria ela própria parte integrante do ordenamento e pressuposta por existir com dupla natureza.

Mais importante para este estudo, no entanto, é a semelhança entre a regra de reconhecimento e a norma fundamental, na medida em que a primeira também é admitida, ainda que tacitamente, por aqueles incluídos no discurso jurídico, ou melhor, na perspectiva interna, segundo Hart:

O uso pelos tribunais e outras entidades de regras de reconhecimento não afirmadas para identificar as regras concretas do sistema é característico do ponto de vista interno. Aqueles que as usam deste modo manifestam através desse uso a sua própria aceitação das regras como regras de orientação e, relativamente a esta atitude, está associado um vocabulário característico diferente das expressões naturais do ponto de vista externo.¹³²

177

Essa passagem demonstra que a regra de reconhecimento ou, em geral, o reconhecimento da autoridade à referência normativa jurídica tem sua arbitrariedade desconhecida pelos agentes incluídos no campo jurídico que a incorporam com um discurso próprio que a eles se apresenta naturalizado. A referência normativa própria do discurso jurídico é tão natural para os incluídos que, assim como em Kelsen, discutir o fundamento último dessa remissão não seria possível ou fugiria ao que seria uma discussão propriamente jurídica:

Identicamente, quando passamos da afirmação de que uma lei concreta é válida à afirmação de que a regra de reconhecimento do sistema é excelente e o sistema nela baseado merece ser apoiado, passamos de uma afirmação de validade jurídica para uma afirmação de valor.¹³³

¹²⁹ HART, 2007, p. 117.

¹³⁰ Ibid., p. 117-118.

¹³¹ Ibid., p. 117-118.

¹³² Ibid., p. 113-114.

¹³³ Ibid., p. 119.

NORMATIVISMO REMANESCENTE

Não há dúvidas, hoje em dia, de que é insustentável a posição positivista de um fundamento formal para o direito, que se apoia na existência fática das normas positivadas ou em um sentido objetivo.¹³⁴ Em seu lugar, tenta-se atualmente um fundamento procedimental que justifica o direito como produto de procedimentos argumentativos racionais, os quais se ancoram nas condições comunicativas da Teoria do Discurso.¹³⁵ A Teoria do Discurso, fundada na ideia de ação comunicativa, concebe e analisa o discurso prático, do qual decorrem de forma distinta e complementar a moral e o direito, como uma construção histórica. Contudo, reduz essa construção ao que de tal forma é partilhado pelos homens, em razão da necessidade de interação social comunicativa, que se apresenta a eles de modo universal. Dessa forma, somente a busca pela maximização das condições ideais de universalidade no discurso de produção e aplicação do direito poderia fundamentá-lo.

178

Insere-se na tentativa de uma fundamentação procedimental a Teoria da Argumentação Jurídica de matriz Europeia. A perspectiva de uma justificação do direito como resultado de uma argumentação, geralmente, atribui-se a Theodor Viehweg.¹³⁶ O autor partiu da constatação de que as decisões judiciais, antes de serem uma demonstração ou revelação de um sentido objetivo de forma axiomático-dogmática, são frutos de convencimento obtido mediante argumentação jurídica que, na sua obra, segue o método da tópica. Posteriormente, essa perspectiva foi incrementada por autores como Toulmin, Perelman, MacCormick até tomar forma como Teoria da Argumentação Jurídica. A obra de Alexy com esse título (*Theorie der Juristischen Argumentation* – 1978) propõe que a fundamentação do direito está no procedimento argumentativo racional, isto é, que observe ao máximo as condições ideais de discurso e a racionalidade comunicativa da Teoria da Ação Comunicativa de Habermas.¹³⁷

Paralelamente ao desenvolvimento da Teoria da Argumentação na Europa, principalmente na continental, a doutrina jurídica norte-americana tentava superar a estagnação causada pelo embate duradouro entre interpretativistas e não interpretativistas. Alguns autores, então, “incorporando conquistas evolu-

¹³⁴ HART, 2007, p. 111, 114; KELSEN, 1998, p. 3, 9.

¹³⁵ HABERMAS, 2012, p. 345, 351-352, 354.

¹³⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006. p. 57; GRANZINOLI, Cassio Murilo Monteiro. *Interpretação e argumentação jurídica: uma contribuição para a fundamentação e justificação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, p. 2009. p. 27.

¹³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

tivas do movimento do giro linguístico” e “se lançando para análises mais complexas, como a questão da legitimidade do direito e das decisões judiciais”, vão além dessa oposição.¹³⁸ Ronald Dworkin desenvolve uma teoria da interpretação construtiva, a qual é sistemática, coerente com o passado e aberta ao futuro,¹³⁹ bem como socialmente contextualizada em uma comunidade de princípios.¹⁴⁰ Abandonada a crença em um sentido objetivo normativo, ainda que relativo, a subsunção e o silogismo normativo devem tomar os princípios intersubjetivamente compartilhados na sociedade jurídica, o paradigma, como gabarito para decisões judiciais, propiciando alcançar a única decisão correta para o caso.¹⁴¹ Essa interpretação construtiva consubstancia o que para o autor seria o direito como integridade (*integrity*).¹⁴²

John Hart Ely escreveu *Democracy and distrust: a theory of judicial review* (1980), nos Estados Unidos, concomitantemente à teorização fulcral de Dworkin em *Taking rights seriously* (1978) e *Law's empire* (1986). Nessa obra, Ely elabora talvez a primeira perspectiva a se autointitular procedimentalista e que, definitivamente, cunhou o termo. O autor norte-americano sustenta que os direitos fundamentais, cerne da Constituição e de todo direito, não têm um conteúdo tão substancial, mas um eminente procedimental que reflete, acima de tudo, a aspiração por representação política e igualitarismo. Dessa forma, a justificativa de todo direito, em última instância, deve ser promover a inclusão e igual participação do maior número possível de pessoas no processo político em que são identificados, ponderados e proporcionados os valores.¹⁴³ Também a perspectiva de Ely foi incorporada por Habermas em sua teoria,¹⁴⁴ a qual na obra *Faktizität und Geltung* (1992), entre outros grandes méritos, consolida a perspectiva procedimentalista de fundamentação do direito e aproxima seu desenvolvimento anglo-americano à Teoria da Argumentação Jurídica.

A obra *Faktizität und Geltung* (1992), de Jürgen Habermas, entre outros grandes méritos, tem a pretensão de consolidar a perspectiva procedimentalista de fundamentação do direito e aproximar seu desenvolvimento anglo-americano à Teoria da Argumentação Jurídica de matriz europeia.

Apesar de toda essa mudança de fundo na teoria jurídica, o aspecto central de cada uma das três características da lógica própria do direito, cujo ápice ocorreu no positivismo relativista, permanecem latentes no discurso jurídico até hoje.

¹³⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves Fernandes. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 171.

¹³⁹ DWORKIN, 2007, p. 273-274.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 258.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 306, 314.

¹⁴² *Ibid.*, p. 272-274.

¹⁴³ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 98-102.

¹⁴⁴ HABERMAS, 2012, p. 326.

A retórica da neutralidade não se verifica apenas nas obras doutrinárias de direito, mas também se faz presente na formulação de diplomas legais e documentos oficiais, sendo que tais aspectos estilísticos são exigidos pelo Manual de Redação Oficial da Presidência da República.¹⁴⁵ Verifica-se também essa retórica nas súmulas da jurisprudência dos tribunais e, o que é mais significativo, nas ementas das decisões judiciais. Tais fatos são notórios e demonstram que o raciocínio jurídico ainda está marcado pelo distanciamento e pela pretensão de revelação de um significado normativo, mesmo que esse significado seja apenas o resultado de um acordo linguístico intersubjetivo.

Ainda que seja no discurso jurídico que se consubstanciam a neutralidade e o distanciamento de sua retórica e de seus agentes, o caráter relativo de sua autonomia também deve ser ressaltado. É o discurso comum às demais práticas sociais que fixam o ponto do qual os agentes jurídicos devem se distanciar ou não, sem o qual não há referência para uma suposta neutralidade. A própria neutralidade, portanto, é socialmente constituída e não se trata propriamente de uma postura neutra, mas de uma postura imparcial, na medida em que não está isenta da contingência histórico-social, e sim busca se distanciar dos posicionamentos já reconhecidos como parciais.

180

A conformação das normas na unidade sistemática do ordenamento jurídico, afastando antinomias ou lacunas que limitam a solução do caso concreto, também continua presente. As antinomias, seja entre regras ou entre princípios, continuam sendo consideradas apenas aparentes. A solução do conflito entre regras, na verdade, foi incrementada, consolidando-se não só o critério temporal, mas também o hierárquico e o da especialidade.¹⁴⁶ A colisão entre princípios ganhou na máxima da ponderação um procedimento de solução.¹⁴⁷ As lacunas são inadmissíveis e o magistrado continua obrigado a pressupor que o direito regula todos os fatos, ainda que seja apenas para permiti-los, sendo obrigatória e inafastável a jurisdição, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição.

A subsunção da norma aos fatos e o silogismo normativo, que hoje devem se remeter à constituição com toda a autoridade que o constitucionalismo lhes atribui, de uma forma ou de outra, continuam sendo o cerne do discurso jurídico. Assim permanece a lógica jurídica, ainda que a esse discurso de justificação interna das decisões e postulações jurídicas a argumentação jurídica pós-positi-

¹⁴⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/index.htm>. Acesso em: 3 jan. 2012.

¹⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999. p. 92-96.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 116-120, 164-167.

Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

vista acrescente uma justificação externa que exige adequação para a subsunção e validade para além do ordenamento.¹⁴⁸

Do ponto de vista hermenêutico, essa necessidade de complementação do discurso jurídico por outros discursos manifesta-se na plurivocidade dos termos jurídicos. A significação jurídica dos termos empregados nas normas, precedentes e demais fontes do direito nunca é suficiente para estreitar e preencher sua abertura semântica. Aquilo que Kelsen identificou como a moldura e Hart como a textura aberta do direito, expressão perfeitamente falha de seus sistemas: o discurso jurídico não é suficiente, mas apenas relativamente autônomo. O conteúdo da moldura e as zonas de interseção da textura exigem a complementação pelo recurso às significações que a linguagem em geral oferece, pois o discurso jurídico é insuficiente. E as próprias delimitações da moldura ou textura, vale ressaltar, são históricas e contingenciais na medida em que conseguem alguma definição estável apenas por meio da reiteração dos usos linguísticos jurídicos que estabelecem consensos intersubjetivos relativamente estáveis e sempre históricos.

Nesse ponto, evidencia-se, contudo, que também na segunda característica da lógica própria do direito, o caráter relativo da autonomia se manifesta. É na busca por adequação e pela validade para além do ordenamento que argumentos e significações construídos em outros campos penetram no discurso jurídico como um recurso inevitável e mesmo benéfico para alcançar alguma legitimidade.

O cânone jurídico é a terceira característica da lógica das obras jurídicas e talvez o ponto de maior crítica ao positivismo. O discurso hegemônico hoje, definitivamente, não considera suficiente para a justificação do direito o recurso à objetividade de uma norma posta até que alcance a autoridade de uma norma fundamental ou mesmo de uma regra de reconhecimento. No entanto, embora muito mitigado e desprovido de qualquer pretensão de fundamentação, o recurso às normas e ao silogismo normativo do ordenamento pela argumentação e interpretação jurídicas permanece como cânone. Ainda que essa vinculação ao ordenamento seja apenas parte da justificação do direito e se ampare em uma utilidade quase meramente funcional.

Conforme visto no início desta seção, a fundamentação procedimentalista se caracteriza por continuar a abdicar de uma referência material para a fundamentação do direito, não se ancorando em qualquer ponto de vista moral específico para atribuir sentido às proposições jurídicas e instruir as decisões judiciais. Contudo, também não se apoia em uma fundamentação supostamente formal, baseada na existência de sentidos normativos objetivos ainda que relativamente indeterminados. O procedimentalismo se apoia apenas no convencimento argumentativo racional tanto sobre o sentido das normas quanto sobre seu conteúdo

¹⁴⁸ HABERMAS, 2012, p. 246-247, 270-272.

Robert Steven Vieira Taves

e validade pragmáticos, para o que não basta a subsunção e o silogismo normativo do formalismo positivista. É preciso, para assegurar a racionalidade e o caráter efetivamente argumentativo do convencimento, a adoção de um procedimento discursivo, o que pressupõe pretensões de universalidade e coerência dos argumentos.

Contudo, conforme adiantado dois parágrafos acima, em certa medida bem mitigado, o cânone jurídico subsiste. Os autores contemporâneos de maior aceitação sobre a hegemônica concepção procedimentalista continuam a apresentar como traço distintivo do discurso jurídico sua vinculação ao direito vigente, concebido doutrinariamente como um ordenamento em unidade sistemática. Essa característica é proposta por Jürgen Habermas¹⁴⁹ e pelos principais expoentes da Teoria da Argumentação Jurídica, Robert Alexy¹⁵⁰ e Klaus Günther.¹⁵¹ Tais juristas, conquanto diverjam sobre a fundamentação do Direito,¹⁵² concordam que a vinculação ao direito vigente é o fato que permite à argumentação jurídica decidir o caso concreto nos limites de tempo e espaço impostos pela prática.

As limitações de tempo e espaço à ampla participação de todos os envolvidos na argumentação que decide um conflito jurídico evidenciam a importância da vinculação ao ordenamento na qualidade de proposições previamente acordadas. Primeiro, porque um sistema de normas postas é referência para a solução de litígios, enriquecendo o debate com as experiências e reflexões daqueles que estipularam os comandos normativos. Segundo, pois a pressuposição de certos postulados delimita a discussão, evitando que se retome sem boas razões debates em que já se alcançou um acordo.

Nesse sentido, Luiz Moreira identifica em Habermas três características que capacitam o Direito para solucionar conflitos sociais dentro dos limites impostos pela prática:¹⁵³ ferramentas institucionais que auxiliam a concretização de regras

182

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. São Paulo: Loyola, 2004. p. 56.

¹⁵⁰ ALEXY, 2005, p. 274-275.

¹⁵¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 366-367.

¹⁵² As obras *Theorie der Juristischen Argumentation* (Teoria da argumentação jurídica), de Alexy, e *Der Sinn Für Angemessenheit* (Teoria da argumentação no direito e na moral), publicada por Günther em 1988, foram editadas originalmente em 1978 e em 1988, respectivamente. São trabalhos anteriores à concepção de Habermas da co-originalidade entre Direito e moral, tratada em *Faktizität und Geltung* (Direito e Democracia, entre facticidade e validade) de 1992. Assim, a distinção entre o discurso jurídico e a moral e sua derivação de uma discursividade deontologicamente neutra não está tão bem trabalhada nos dois primeiros juristas quanto está no último, embora em todos eles seja clara a complementaridade funcional entre os referidos discursos.

¹⁵³ MOREIRA, Luiz. *A fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 152.

Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

aos casos;¹⁵⁴ coerção que garante a obediência às normas;¹⁵⁵ e, em especial, a organização de um ordenamento sistemático e de instituições que estabelecem normas.¹⁵⁶

Por esse prisma, apresenta-se imprescindível que a prestação jurisdicional se embase diretamente no ordenamento jurídico que a inspira e limita simultaneamente.

Essa talvez seja a principal regra do jogo, ou do discurso próprio do campo jurídico, que seus agentes não estão dispostos a problematizar. Nesse ponto, é preciso fazer uma concessão a Kelsen e Hart pela precisão de sua leitura da prática jurídica ao afirmar que a autoridade do discurso normativo, do recurso às regras positivadas, muito raramente é questionada. Justamente por não ser problematizado, o cânone jurídico, ainda que tenha sido muito mitigado, permanece como aspecto central da lógica jurídica, nos termos de Bourdieu, desconhecido em sua arbitrariedade. Segundo o sociólogo francês, o reconhecimento se funda no “desconhecimento”, “[...] princípio de toda e qualquer autoridade”.¹⁵⁷ Quer isso dizer que o desconhecimento e a autoridade que dele deriva se fundam no reconhecimento do locutor como autoridade e no ignorar do receptor, que se sujeita, de forma que a “pessoa-alvo [...] esquece de si mesma”.¹⁵⁸

Não se pretende aqui desconstruir tal cânone. Ao contrário, endossando os argumentos apresentados nos parágrafos acima pela imprescindibilidade da vinculação ao ordenamento para solucionar casos concretos e apontando sua não tematização na prática jurídica, apenas se reforça seu caráter fulcral na constituição da lógica jurídica como tal.

Assim, por maiores e mais significativas que sejam as críticas ao positivismo e as diferenças da teoria jurídica hodierna para a positivista, ainda persiste no discurso jurídico uma fração eminentemente normativista. Esse subdiscurso normativista é a manifestação argumentativa da lógica própria do discurso jurídico, elemento que lhe concede toda sua autonomia – muito embora essa autonomia seja apenas relativa e talvez até menor do que os agentes mais inseridos no campo jurídico e imersos na prática judicial sejam capazes de admitir. Os agentes do campo jurídico, prendendo-se à autonomia de seu discurso, isto é, à lógica desenvolvida no discurso normativista, vislumbram a autoridade desse discurso como a razão:

Quanto maior for a autonomia de um campo erudito, mais ele se aproxima deste último modelo, mais a força da argumentação racional é capaz de se impor ante “tudo que possa haver nele de arbitrário” [Bourdieu,

¹⁵⁴ MOREIRA, 2002, p. 153-155.

¹⁵⁵ Ibid., p. 155-156.

¹⁵⁶ Ibid., p. 156-157.

¹⁵⁷ BOURDIEU, 2008, p. 91.

¹⁵⁸ Ibid., p. 95.

2001, p. 41]. As lutas em seu interior passariam, então, a se desenvolver “sob controle das normas constitutivas do campo e valendo-se apenas das armas nele autorizadas, fazendo com que [...] as proposições mobilizadas nessa luta se reconheçam de maneira tácita ou explícita como passíveis da prova da coerência e do veredicto da experiência”.¹⁵⁹

CONCLUSÃO

O entendimento do direito nunca será completo e eficaz se, conforme pretendia a crítica de uma sociologia ultrapassada, for reduzido a relações sociais ou a regularidades estabelecidas em interações sociais, tampouco se não considerar as especificidades de seu discurso. Por sua vez, será igualmente ineficaz e ainda menos emancipador se simplesmente ignorar o desmascaramento feito por essa crítica. Não se pode ignorar que o discurso hegemônico em outros âmbitos sociais influencia o direito, não só na delimitação da textura aberta ou moldura normativa, mas também em seu preenchimento. Da mesma forma, é preciso ter em mente as particularidades do discurso jurídico consubstanciadas em uma lógica própria, isto é, as regras particulares do jogo no campo jurídico.

184

A lógica própria do direito, enquanto tal nos dias de hoje, manifesta-se em três elementos: retórica da neutralidade; unidade sistemática do ordenamento; e o cânone jurídico. Todos esses elementos encontraram o ápice de seu desenvolvimento e de sua importância dentro do campo jurídico no discurso positivista relativista do século XX, mas, ainda que mitigados, subsistem nas mais atuais teorias jurídicas na forma de um subdiscurso normativista.

A eficácia social de um discurso dentro do campo jurídico, como em qualquer outro campo, é o exercício do poder simbólico de nomear. Trata-se de um “*ato de autoridade*”, cujo êxito “[...] está subordinado à confluência de um conjunto sistemático de condições interdependentes que compõem os rituais sociais”.¹⁶⁰ A “eficácia simbólica” pressupõe a relação entre “[...] as propriedades do discurso, as propriedades daquele que o enuncia e as propriedades da instituição que o autoriza a pronunciar-lo”.¹⁶¹

Ainda segundo Bourdieu, o discurso de autoridade que tem a pretensão, ainda que inconsciente, de ser hegemônico em seu campo, caso contrário nem mesmo seria enunciado, deve ser “compreendido” e “reconhecido”. A compreensão pressupõe o compartilhamento de referências simbólicas na intersubjetivi-

¹⁵⁹ BUENO, Arthur Oliveira. Filosofia negativa? Bourdieu e os fundamentos da razão. *Tempo Social*, v. 23, n. 1, p. 179-197, 2011. Disponível em: <http://buscador.periodicos.capes.gov.br/V/JDEMHKC8SPSM6QDM48Y5HKSM2JFPVT4J3T4DLCHDUF8UNT7HJY-11589?func=meta-3&short-format=002&set_number=009897&set_entry=000023&format=999>. Acesso em: 3 jan. 2012.

¹⁶⁰ BOURDIEU, 2008, p. 89.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 89.

Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

dade de uma linguagem específica. O reconhecimento pressupõe três exigências também interdependentes. Aquele que enuncia deve ser considerado pelos receptores da mensagem como uma “pessoa autorizada”, que tenha as habilidades e as aptidões valorizadas naquele dado campo. Deve-se considerar a “situação legítima”, se a localização da enunciação lhe abre para os “receptores legítimos”. Por fim, exigem-se “formas legítimas”, cujo elemento mais visível são as “condições litúrgicas”.¹⁶²

Nesse sentido, aquele que enuncia um discurso jurídico será considerado apto se possuir a formação considerada específica e apropriada para ter domínio e, principalmente, incorporar a retórica da neutralidade, a unidade sistemática do ordenamento e o cânone jurídico que compõem a lógica própria do direito. A situação será legítima se predispor os receptores a admitir, quanto mais subliminarmente melhor, os componentes da lógica jurídica. A seu turno, a forma será legítima se o discurso assumir a neutralidade retórica e se for proposto como adequado à unidade sistemática do ordenamento e ao cânone jurídico. Embora importante para a forma, será mais determinante a incorporação da lógica própria do campo do que o meio de exteriorização ou registro do discurso.

Justamente pela importância da incorporação da lógica própria que discursos não dominantes nos demais campos sociais, mas adequados às particularidades da linguagem jurídica, podem se tornar hegemônicos no direito. Exemplos recentes disso são as decisões do STF sobre o reconhecimento da união estável homoafetiva¹⁶³ e da procrastinação da eficácia da Lei de Ficha Limpa – Lei Complementar n. 135/2010.¹⁶⁴ Conquanto essas decisões tão importantes para a construção do pensamento jurídico brasileiro mereçam uma análise mais acurada e específica, não é possível fazê-lo nos limites deste trabalho. Para os fins aqui propostos, basta apontar que, em ambas, o tribunal de maior hierarquia no campo jurídico nacional decidiu, com fortes argumentos amparados nos três aspectos da lógica própria do direito, contra a posição que se imaginava dominante no mais amplo âmbito social. Com isso, o direito tem por inerente à sua constituição também um potencial emancipador, na medida em que discursos minoritários em outros campos podem no direito ser tutelados se melhor incorporarem a lógica própria do direito em face dos abusos dos dominantes.

Em momento algum, porém, pode-se olvidar que o direito também está sujeito à influência dos outros campos e, por isso, em sua pretensão de segurança, também reside um impulso de dominação. Os agentes do campo jurídico, no desconhecimento da lógica própria de seu campo e seus limites, tendem a superestimar a autonomia de seu discurso. A retórica da neutralidade, o cânone ju-

¹⁶² BOURDIEU, 2008, p. 91.

¹⁶³ Vide: STF, ADPF 132/RJ, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 14.10.2011; e STF, ADI 4.277/DF, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 14.10.2011.

¹⁶⁴ Vide: STF, RE 633.703/MG, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 18.11.2011.

Robert Steven Vieira Taves

rídico e a unidade sistemática do ordenamento servem de máscara para o caráter autoral das decisões e postulações, ocultando sua responsabilidade pessoal sobre eles. Com isso, os argumentos amparados na lógica de outro campo são desvalorizados quando tematizados, o que aumenta sua influência não tematizada e, portanto, não sujeita à discussão democrática. Ademais, a soberba da autonomia pode levar os agentes do campo jurídico a não considerar com a devida atenção as consequências de suas decisões para os outros campos sociais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. Revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas: o que falar quer dizer*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BOURDIEU, Pierre. *Meditações pascalianas*. Tradução de Sérgio Miceli. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BUENO, Arthur Oliveira. Filosofia negativa? Bourdieu e os fundamentos da razão. *Tempo Social*, v. 23, n. 1, p. 179-197, 2011. Disponível em: <http://buscador.periodicos.capes.gov.br/V/JDEMHKC8SPSM6QDM48Y5HKSM2JFPVT4J3T4DLCHDUF8UNT7HJY-11589?func=meta-3&short-format=002&set_number=009897&set_entry=000023&format=999>. Acesso em: 3 jan. 2012.

CATANI, Afrânio Mendes. As possibilidades analíticas da noção de campo social. *Educação e Sociedade*, v. 32, n. 114, p. 189-202, mar. 2011. Disponível em: <http://buscador.periodicos.capes.gov.br/V/JDEMHKC8SPSM6QDM48Y5HKSM2JFPVT4J3T4DLCHDUF8UNT7HJY-11599?func=meta-3&short-format=002&set_number=009897&set_entry=000024&format=999>. Acesso em: 3 jan. 2012.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 153-188, jan./jun. 2012

**CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS
VAGOS NO DIREITO CONTRATUAL:
IMPLICAÇÕES COM A UTILIZAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS**

**STANDARDS AND VAGUE CONCEPTS
IN CONTRACT LAW:
IMPLICATIONS WITH THE USE OF CONSTITUTIONAL VALUES**

*Raquel de Moraes Laudanna**

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade abordar a aplicação das cláusulas gerais e conceitos vagos, com especial atenção à sua utilização segundo o atual direito contratual, combinando-os com valores constitucionais. Para tanto, será abordada a noção de sistema aberto, por meio do qual o direito é adaptado ao dinamismo das relações jurídicas, mediante a inserção de princípios e valores, quando da aplicação das normas positivadas. Em seguida, diante de tal premissa, será abordado o conceito das cláusulas gerais, distinguindo-o e comparando-o com as noções de conceitos indeterminados e princípios. Depois, serão traçadas a importância e a função das cláusulas gerais para o ordenamento jurídico, ressaltando, também, os limites de sua aplicação. Posteriormente, o trabalho prossegue com a análise das cláusulas gerais inseridas, em especial, no Código Civil e com a importância das disposições constitucionais para sua aplicação. Por fim, nas últimas seções, será abordada a atuação do Poder Judiciário ao aplicar as cláusulas gerais, bem como a consequente ponderação a respeito da importância da interpretação, motivação e argumentação do seu pronunciamento, de modo a garantir, ainda, a previsibilidade e a segurança jurídica.

Palavras-chave: Sistema jurídico aberto; Mobilidade; Técnica legislativa; Cláusulas gerais; Conceitos vagos; Conceitos indeterminados; Princípios; Valores; Interpretação; Motivação; Argumentação; Segurança jurídica.

* Advogada em São Paulo. Mestre em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC). Endereço: Rua Haddock Lobo, 1.327, 2º e 7º andares, CEP 01414-003, São Paulo/SP, e-mail: quel_l@hotmail.com.

ABSTRACT

This work intends to approach the application of the “standards” and vague concepts, with a special attention to its utilization in current contract law, combined with constitutional values. For this purpose, the notion of an open system will be boarded, through which the law is adapted to dynamism of the legal relationships, by inserting principles and values as the positive law is apply. Then, with these premise, the concept of “standard” will be studied, considering the distinction and comparison with the notion of rules that withstand a high valuable burden and principles. After that, the importance and function of “standard” to the Law will be traced, noting, too, the limits of its application. Later, the work will continue with the examination of “standard” in new Brazilian Civil Code and the importance of constitutional provisions to its application. Finally, in the last chapters, it will be studied the action of the Judiciary to apply “standards” and the resulting weighting about the importance of interpretation, motivation and argumentation about his decision, to also protect the predictability and certainty.

Keywords: Open law system; Mobility; Legislative technic; “Standards”; Vague concepts; Rules that withstand a high valuable burden; Principles; Values; Interpretation; Motivation; Argumentation; Law certainty.

INTRODUÇÃO

A concepção de Direito passou por patente mudança de paradigma, especialmente após o envelhecimento das codificações e as velozes transformações sociais, com destaque para o período posterior à Revolução Industrial.

Com efeito, a noção normativista do Direito, fundada na positivação como componente de um ordenamento jurídico fechado, sistematicamente organizado e capaz de fornecer respostas a todas as questões que são colocadas à apreciação – a qual, então, havia ganhado relevo após a Revolução Francesa –, passou a não mais atender às necessidades da realidade social, dada a mutabilidade patente dos dias de hoje.

De fato, considerando que as normas de estrutura tradicional não foram mais capazes, sozinhas, de disciplinar a totalidade da vida social, o legislador passou a lançar mão de novas técnicas, sendo uma delas a inserção de cláusulas gerais, as quais se coadunam com a complexidade das sociedades contemporâneas.

Assim, as cláusulas gerais e os conceitos vagos permitirão ao Direito uma aproximação da realidade e da diversidade de ocorrências, tudo por meio da adoção de valores que integram o sistema jurídico (agora na sua concepção aberta), proporcionando, em última instância, soluções mais apropriadas e que atendam aos reclamos do caso concreto.

Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

Dessa feita, o novo pensamento sistemático, por meio das cláusulas gerais e de conceitos vagos, operacionaliza a adequação do Direito à efetiva realidade, ao admitir que o julgador, ao apreciar determinada situação concreta, busque a constante interpretação para o seu desfecho, admitindo que os princípios jurídicos sejam verdadeiros elementos integrantes do sistema normativo.

Até porque, se assim não fosse, os diversos ordenamentos jurídicos não teriam como assegurar a sua própria lógica interna, pois ausente de coerência.

Destarte, em especial no atual direito contratual brasileiro, a inserção de cláusulas gerais e conceitos vagos no bojo do Código Civil de 2002 significa uma técnica legislativa que carrega uma carga valorativa e que suscita à doutrina e à jurisprudência a integrá-las em um sistema, de modo que se converta em um verdadeiro convite para uma atividade mais criadora e que traga concreção à situação posta em debate.

Valemo-nos, então, diante desse panorama, do estudo das cláusulas gerais e conceitos vagos, por meio do qual ventilaremos as suas principais características, bem como as suas implicações em atenção aos valores constitucionais chamados à baila na sua aplicação prática, especialmente pelo Poder Judiciário, em atenção à segurança e à previsibilidade dos julgados.

A NOÇÃO DE SISTEMA JURÍDICO FECHADO E ABERTO

47

Ab initio, antes de nos debruçar sobre o exame das principais noções atinentes às cláusulas gerais e conceitos vagos (que serão mais bem esmiuçados adiante), bem como acerca da nova posição assumida por nosso ordenamento jurídico (e, no que mais nos interessa, pelo novo Código Civil) em neles se assentar, cumpre-nos tecer breves esclarecimentos referentes à concepção de sistema jurídico fechado e aberto, eis que possui íntima relação com a função desempenhada por ditas cláusulas gerais e conceitos vagos.

É que, consoante será tratado no bojo do presente estudo, a principal função desempenhada pelas cláusulas gerais e conceitos vagos diz respeito justamente a figurarem como verdadeiros mecanismos de mobilidade do sistema jurídico codificado.

Portanto, entender a concepção de sistema jurídico faz-se imprescindível para que, então, possamos efetivamente depreender a importância e os reflexos da adoção de cláusulas gerais e conceitos vagos na nova dogmática jurídica que se originou, bem como a atuação do Poder Judiciário diante desse quadro.

Pois bem. Muitos juristas se empenharam na conceituação de sistema jurídico, mas o fato é que cada qual destacou, a seu modo e conforme a sua concepção, determinados pontos específicos.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 45-80, jan./jun. 2012

Nesse sentido, pertinente compilação foi procedida por Claus-Wilhelm Canaris,¹ o qual ventilou que, para Kant, sistema é “a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos variados” ou “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios”.

Para Savigny, por sua vez, sistema é “a concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade”, ao passo que, para Hegler, seria “a representação de um âmbito do saber numa estrutura significativa que apresenta a si própria como ordenação unitária e concatenada”.

A despeito da referida compilação realizada, Canaris, por seu turno, entendeu por bem extrair dois elementos indissociáveis à noção interna de sistema, quais sejam: (i) a ordenação, por meio da qual seria possível se exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível; e (ii) a unidade, mediante o que não seria permitida uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.²

Também tratando sobre o tema, Judith Martins-Costa aduz que a unidade, elementar ao sistema, garante a sua identidade interna, na medida em que diferencia seus respectivos elementos daqueles externos que não compõem o conjunto, razão pela qual o sistema pressupõe “a reunião de certos elementos de um conjunto organizado e ordenado e a unitariedade das fontes de sua produção”.³ Nota-se, assim, que a autora acresce à noção de sistema, na sua concepção interna, a ideia de conjunto e coerência.

48

Contudo, no que é pertinente ao enfoque externo a ser dado ao sistema, Carin Prediger esclarece que o ponto de distinção se cinge à construção procedida pelo intérprete e pela doutrina jurídica, que a dogmatiza e impõe lógica ao Direito, o que difere da ideia interna de sistema, em que tal sistema seria imamente das próprias regras de Direito.⁴

Assim, combinando as diferenças entre a noção interna e a externa, ventiladas acima, Carin Prediger culmina a concluir que, tratando-se de sistema jurídico, “deve-se vislumbrar tanto a ordenação das realidades jurídicas intima-

¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 10-11.

² CANARIS, op. cit., p. 12-13.

³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000. p. 40.

⁴ PREDIGER, Carin. *A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central*. apud HENTZ, André Soares. *Ética nas relações contratuais à luz do Código Civil de 2002: as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 32.

Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

mente conectadas como as suas fórmulas de exteriorização, considerando-se o sistema enquanto síntese das facetas internas e externas”.⁵

E, nesse mesmo passo, Judith Martins-Costa, ao estudar as cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico – o que se pretende, ainda que de modo conciso, por meio do presente trabalho –, admite, como sistema, uma estrutura particularizada pelo emprego de determinado vocabulário correspondente a certos conceitos, pelo agrupamento de regras em certas categorias, pela utilização de determinadas técnicas de interpretação e por específicas concepções de ordem social que determinam o modo de aplicação e a própria função do ordenamento jurídico.⁶

Daí, então, surge a obrigatória ponderação se o sistema jurídico romano-germânico (que mais se coaduna com a nossa realidade), dado o seu caráter estrutural, seria fechado ou aberto, vale dizer, se constitui uma totalidade expressa em um conjunto de conceitos e proposições entre si logicamente concatenadas, como uma unidade imanente, perfeita e acabada, que se autorreferencia de modo absoluto e cujo modo de expressão privilegiado é o código; ou se, então, de modo contrário, o sistema pressupõe que o Direito possa ser pensado, aplicado e interpretado como ordem de referência apenas relativa, sensível à interpenetração de fatos e valores externos, consubstanciando permanente discussão de problemas concretos, para cuja resolução se mostra adequado não o pensamento lógico, mas o problemático, em que a base do raciocínio está centrada na compreensão axiológica ou teleológica dos princípios gerais do Direito.⁷

Com efeito, a respeito de tal questionamento, insta comentar que, aproximadamente nos séculos XII e XIII, com as regras do *Corpus Juris Justinianeu*, o sistema jurídico romano-germânico se apresentava como um sistema aberto, pois era, então, sensível à interpenetração de outros estatutos e valores, que ficava a cargo do importante papel da interpretação realizada pelos chamados *doctores*.

No entanto, dada a necessidade de maior certeza e segurança, o sistema romano-germânico foi progressivamente se fechando, de modo a privilegiar determinadas fontes de produção jurídica, eis que, até então, a interpretação realizada conduzia a um liberalismo jurídico, que culminava em uma pluralidade de posições e soluções para uma mesma questão.

⁵ PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 156.

⁶ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, ano 81, v. 680, p. 47-58, jun. 1992, p. 47.

⁷ MARTINS-COSTA, 1992, p. 48.

Assim, já no século XIV, passou-se a lançar mão da chamada “comum opinião dos doutores”, com o fito de, com isso, fixar-se um patamar de regras e princípios que visam alcançar a certeza e a segurança na aplicação do Direito, valendo a opinião dos doutos, na ausência de lei, como uma verdadeira norma jurídica, trazendo, portanto, maior rigidez ao sistema.

Tal rigidez era justificada pela ideia de codificação, diante da patente necessidade, à época, de certeza jurídica, na medida em que o Direito passa a ser visto como um sistema fechado de verdades da razão, formado por regras que seriam decorrentes de uma construção lógico-matemática, que parte de regras gerais, deduzidas pelo raciocínio.

O apogeu da concepção fechada do sistema efetivamente se deu com as codificações europeias, ocorridas, em especial, nos séculos XVIII e XIX, quando, mediante a sedimentação da referida “opinião comum” (sendo o Direito construído pelos juízes e juristas que se envolviam intimamente com a prática) ou por meio de *corpus* específico (em que só pelos códigos é que se podia influenciar na prática), buscava-se, a todo custo, um parâmetro de certeza e segurança jurídica. Dessa feita, conseqüentemente, a atividade interpretativa igualmente quedou-se ressentida, de modo que a jurisprudência se cingia a apenas e tão somente aplicar estritamente a lei, ou seja, ao juiz restou a tarefa de aplicar a lei dentro da legalidade em sua concepção mais estrita.

50

Ocorre que, já aproximadamente no século XX, tal paradigma voltou a ser alterado, quando da ocorrência da chamada “crise da teoria das fontes”, em que se trouxe à baila a admissão dos princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da ciência do Direito.

Diante dessa nova concepção, a ciência jurídica passa a se debruçar na constante tentativa de adaptar o Direito ao dinamismo das relações sociais, levando-se em consideração que o sistema jurídico deve considerar, também, ao lado da norma codificada, os princípios, máximas, regras de experiência, usos, diretivas reveladoras da cultura.⁸

Destarte, o sistema jurídico volta a ser considerado como um sistema aberto, assim bem identificado por Aguiar Júnior ao ponderar que o direito positivado é apenas uma parte do conjunto, a sua parcela mais visível, mas nele convivem princípios gerais do Direito, os postulados do Direito Natural, o sentimento de justiça, a exigência de equidade, vivenciados e sentidos pela sociedade na qual o juiz habita.⁹

E é justamente nesta concepção de sistema aberto, ventilado alhures, que se insere o estudo das cláusulas gerais e conceitos vagos, pois, consoante já referido,

⁸ MARTINS-COSTA, 1992, passim.

⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Ajuris*, 45/7, p. 18.

Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

cuida-se de verdadeiros mecanismos dispostos por nosso ordenamento, com o fito de trazer maior flexibilização da ordem jurídica e ajuste às novas realidades.

CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS VAGOS

Como foi dito oportunamente, e será mais bem esmiuçado adiante, as cláusulas gerais e conceitos vagos são técnica legislativa, e por meio deles se possibilita, por conseguinte, a comunicação, no âmbito do sistema jurídico (cuja nova concepção já tratamos, em apertada síntese), entre o Código Civil, outros microssistemas jurídicos e a Constituição Federal.

Mas, não só isso (e principalmente), as cláusulas gerais e conceitos vagos possibilitam a recepção de valores sociais para o bojo do ordenamento, propiciando, como veremos, uma adequação às mudanças da sociedade contemporânea, “oxigenando” o sistema e, em última instância, trazendo maior alargamento de sua aplicabilidade nos casos concretos.

Vejam, então, as principais características das ditas cláusulas gerais e conceitos vagos, para que, feito isso, debruçemo-nos sobre as suas aplicabilidades práticas, as funções que desempenham, bem como a importância e o âmbito de atuação do Poder Judiciário nesse aspecto.

Conceito de cláusulas gerais e sua estrutura fundamental

51

Não obstante a busca constante da doutrina em firmar um conceito de cláusulas gerais, o fato é que, como bem indica Judith Martins-Costa, por se tratar de um instituto multifacetado, a sua definição, ao invés, deve levar em consideração a análise de sua estrutura fundamental. Nesse sentido, aduz a autora:¹⁰

já por estas indicações, percebe-se o quão multifacetário é o perfil das cláusulas gerais, razão pela qual, na busca de seu conceito, a doutrina nada mais obtém do que arrolar a diversidade de suas características. Por isto, desde logo rejeitada a pretensão de indicar um conceito perfeito e acabado, entendo pertinente, ao revés, assinalar os traços que lhe vêm sendo relacionados no que diz com o seu papel enquanto técnica legislativa, pois é aí, na contraposição à técnica da casuística, que o seu perfil poderá ser traçado.

Dessa feita, deve-se admitir se tratar de normas jurídicas especiais, na medida em que lhes falta o preenchimento de conteúdo determinado, o qual somente é alcançado por meio de valorações, referências a critérios ponderados e sopesa-

¹⁰ MARTINS-COSTA, 2000, p. 28.

dos pelo Magistrado quando da formação de sua convicção em determinado caso concreto.

É o que admite André Osório Gondinho, para quem, com efeito, as cláusulas gerais são normas especiais, justamente por não fornecer os critérios necessários para a sua concreção, podendo estes, fundamentalmente, ser determinados apenas com a consideração do caso concreto. E, ao final, conclui o jurista que a cláusula geral não seria meramente direito material, mas *standing points* ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no bojo de determinada demanda.¹¹

Para tanto, as cláusulas gerais se utilizam, em sua formação, de linguagem intencionalmente aberta, fluida ou vaga, ou seja, possuem expressões linguísticas (signos) cujo referencial semântico não é tão nítido, carecendo, pois, de contornos claros, razão pela qual seus conceitos não dizem respeito a objetos fácil, imediata e prontamente identificáveis no mundo dos fatos.¹²

Por isso, admitindo essa característica das cláusulas gerais, Karl Engisch entende que seus traços delineadores devem ser firmados segundo uma noção negativa, de modo a se contrapor ao modelo de técnica de legislar por meio da casuística.

52

Vale dizer, as características das cláusulas gerais são definidas porque destoam do modelo de legislar da casuística, em que se especificam todos os elementos de incidência e, portanto, limita-se o trabalho do intérprete à subsunção do caso concreto em que se depara, pois restam fixados os critérios de sua aplicação, deixando a ele pouco espaço para que determine o sentido e o alcance da norma.¹³

Contudo, a mencionada vagueza ou abertura, ínsita à noção da cláusula geral, não significa (é bom que se esclareça) que haja um defeito de linguagem ou alguma obscuridade, como pode parecer, num primeiro momento.

Ao contrário, tal vagueza é considerada como socialmente típica, intencional, de programática, justamente para possibilitar o amoldamento da *fattispecie* normativa a novas situações, as quais, no mais das vezes, sequer podem ser previstas quando da criação daquele texto normativo pelo legislador.

Aliás, Pietro Rescigno designa-as como disposições de conteúdo elástico, para sublinhar o caráter de adaptabilidade dessas normas a situações que o juiz

¹¹ GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, jan./mar. 2000. p. 5.

¹² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do Código Civil de 2002 – A função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 831, ano 94, p. 59-79, jan. 2005. p. 60.

¹³ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, apud APORÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do sistema. In: LOTUFO, Renan. *Sistema e típica na interpretação do ordenamento jurídico*. São Paulo: Manole, 2006. p. 18.

Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

é chamado a conhecer e sobre as quais deve pronunciar-se. Stefano Rodotà denomina-as “conceito elástico”, “conceito válvula”, “conceito janela”. Designam-se ainda como “noções de conteúdo variável”, referentes a valores de uma determinada sociedade em um dado momento histórico.¹⁴

Portanto, frente a tais elementos, nota-se que o conteúdo das cláusulas gerais depende de uma integração concretizadora, a ser efetuada pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, sintetiza Claus-Wilhelm Canaris que é característico para a cláusula geral estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, não dar os critérios necessários para a sua concretização, que podem ser determinados, fundamentalmente, apenas a consideração do caso concreto respectivo.¹⁵

Em verdade, em razão de tais elementos, admite-se que as cláusulas gerais são normas em que se veem explicitados princípios jurídicos, pois teriam maior potencial de abrangência do que as normas jurídicas de estrutura tradicional, mediante a adoção dos chamados conceitos indeterminados.

Assim, as condutas relativas a princípios não derivariam diretamente deles, mas das normas que o incorporam, sendo este o caso das cláusulas gerais.¹⁶

Não se pode negar, portanto, uma íntima relação entre as noções de cláusulas gerais, princípios gerais do direito e conceitos indeterminados.

Contudo, apesar disso, é igualmente certo que existem distinções entre tais elementos, as quais se faz imperioso serem aqui ventiladas, haja vista que nos proporcionarão uma melhor noção do objeto ora tratado.

53

Relação entre cláusulas gerais e princípios gerais do direito

Como tratado alhures, em razão da carga valorativa que as cláusulas gerais e os princípios gerais do direito carregam, faz-se mister trazer breves esclarecimentos atinentes à relação estabelecida entre eles.

Com efeito, a noção dos princípios gerais do direito não é uníssona, mas, muito pelo contrário, muitos são os posicionamentos daqueles que se debruçaram sobre o assunto.

Segundo Carnelutti, os princípios gerais do direito não são considerados direito, dada a sua amplitude diante da norma que dele emana. Em vez disso, os princípios seriam premissas éticas ou econômicas, alcançadas pelo processo de indução do material legislativo.¹⁷

¹⁴ APORÍCIO, 2006, p. 19.

¹⁵ CANARIS, 1996, p. 142.

¹⁶ ARRUDA ALVIM, 2005, p. 60.

¹⁷ Noção extraída de DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 109.

Para Miguel Reale, “princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”.¹⁸

Já André Franco Montoro,¹⁹ ao tratar sobre a sua concepção de princípios gerais do direito, relembra que, para as doutrinas de inspiração positivista, cuida-se daqueles princípios historicamente contingentes e variáveis, que inspiraram a formação de cada legislação concretamente considerada. Para as concepções racionalistas, pelo contrário, sustenta que a expressão “princípios gerais do direito” refere-se não a valores historicamente contingentes ou variáveis, mas a princípios universais, absolutos e eternos, correspondentes aos princípios do direito natural. Ao final, conclui que uma visão compreensiva e objetiva da matéria demonstra que, entre os princípios gerais do direito, devem ser incluídos os valores contingentes e variáveis, a que se refere a concepção positivista, e os princípios universais, referidos pelas doutrinas de inspiração racionalista, desde que, uns e outros, estejam devidamente fundamentados.

Ainda, para a Professora Rosa Maria de Andrade Nery, os princípios não seriam regras de caráter geral que podem ser aplicadas em situações genéricas, mas norteiam o juiz na interpretação da relação jurídica discutida em juízo, para que tenham a sua efetiva aplicação mediante situações concretas.

54

Como categorias decorrentes, essa doutrinadora indica: (i) os valores, que inspiram a ordem jurídica; (ii) os princípios, considerados como regra dos valores; (iii) cláusulas gerais, como critérios de conduta; e (iv) padrões valorativos, como medidas sociais desses critérios.²⁰

Por fim, no que concerne à noção da Professora Judith Martins-Costa sobre o tema, “os princípios jurídicos são os pensamentos diretores de uma regulação jurídica existente ou possível, não constituindo, por si mesmos, regras suscetíveis de aplicação, embora possam transformar-se posteriormente em regras jurídicas, por via de interpretação”.²¹

Nesse sentido, a autora sustenta que os princípios gerais de direito podem se encontrar expressamente manifestados no seio da Constituição Federal (e a relevância disso será mais bem estudada adiante) ou, então, situam-se em um plano pré-positivo, na medida em que se colocam no ordenamento jurídico antes mesmo, ou independentemente, de sua expressa adoção por uma regra de direito positivo, de modo que se constituam em uma peça funcionalmente ne-

¹⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 306-307.

¹⁹ FRANCO MONTORO, André. *Introdução à ciência do direito*. 21. ed. São Paulo: RT, 1993. p. 381.

²⁰ NERY, Rosa Maria. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: RT, 2002.

²¹ MARTINS-COSTA, 1992, p. 49.

Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

cessária de toda solução concreta que entre no círculo de problemas passíveis de serem enfrentados mediante o recurso a tais valores.

Dessa feita, considerando que todos os princípios, positivados ou não, necessitam de concreção, a doutrinadora culmina com a conclusão de que são justamente as cláusulas gerais que atuam como os meios para se perpetrar tal concreção, pois são elaboradas mediante a formulação da hipótese legal de que, em termos de grande generalidade, abrangem e submetem a tratamento jurídico todo um domínio de casos. E resume:²²

Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, antes permitindo a sua efetiva inserção nos casos concretos. Cláusula geral, portanto, não é princípio – é norma. Mas é norma especial à medida que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição de poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais – mas em todo o caso convencionais – de base e de densidade empírica variável. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, *standing points* ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto.

Diante do exposto, portanto, levando-se em conta que as cláusulas gerais trazem concreção aos princípios, não se pode, com isso, confundir tais noções, seja porque não há cláusula geral não expressa ou implícita (como ocorre com os princípios), como, também, porquanto as cláusulas gerais podem referir-se a outros espaços do ordenamento que não apenas os princípios, mas a valores extrajurídicos ou fora do sistema.

Aliás, há princípios que não contêm, necessariamente, conceitos dotados da vagueza semântica, como é pressuposto na cláusula geral, assim como, por outro lado, para alguns doutrinadores, os princípios gerais possuem apenas a finalidade de preencher eventual lacuna, se pela analogia ou costume o julgador não galgar encontrá-los, o que igualmente destoa da função da cláusula geral (consoante será abordado mais adiante).

Daí, então, a grande diferença entre a cláusula geral e os princípios gerais do direito, haja vista que, nas palavras de Judith Martins-Costa, a qual novamente se chama à baila,²³ do ponto de vista da atividade judicial, as cláusulas gerais permitem a formação da norma não por meio da interpretação do princípio, mas pela criação, por meio da síntese judicial. Nesta encontram, como elemento de atuação, fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até

²² MARTINS-COSTA, 1992, p. 50.

²³ Ibid., p. 51.

mesmo soluções advindas da análise comparativista, atuando tais critérios, tradicionalmente tidos como extralegais, através das verdadeiras ‘janelas’ consubstanciadas em tais cláusulas.

Destarte, em apertada síntese, é certo que as cláusulas gerais não são princípios, ou melhor, tais noções não se equivalem, mas, a despeito disso, existe íntima relação entre eles, na medida em que as cláusulas gerais incorporam princípios, dando a eles concreção e possibilitando a sua inserção no desfecho de determinado caso concreto.

Relação entre cláusulas gerais e conceitos indeterminados

Ultrapassados os esclarecimentos já tecidos, atinentes à diferenciação (mas com íntima ligação) entre cláusulas gerais e princípios gerais do direito, cumpridos, agora, debruçar-nos sobre os elementos de relação entre as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, também chamados de conceito jurídico indeterminado (por Karl Engisch e Judith Martins-Costa) ou conceito legal indeterminado (conforme denominação de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery).

Pois bem. Os termos indeterminados caracterizam-se pela carência de limites precisos, na medida em que não traçam uma linha clara para delimitar a realidade a que se referem.

56

Com efeito, os conceitos, via de regra, possuem uma estrutura interna: (i) um círculo de certeza de tamanho pequeno; (ii) um círculo maior que este, que seria a zona de “penumbra”; e (iii) um outro círculo, ainda maior, que seria uma zona de certeza, mas negativa.

Nesse passo, esta imagem com três círculos concêntricos admitiria uma área central, em que a certeza seria positiva (como núcleo do conceito, algo que “é”) e, no último círculo do conceito, haveria uma certeza negativa (“não é”, com certeza).

Diante desse contexto, a incerteza de um conceito se situaria na orla periférica do círculo mencionado, mas a sua variante se cinge justamente na extensão da referida parcela periférica. Assim, “a diferença entre conceito indeterminado e determinado é de natureza quantitativa”.²⁴

Acerca dos conceitos indeterminados, e corroborando a ideia exposta acima, Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro ensina que tal característica ocorre sempre que um conceito não permita comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento: polissemia, quando tenha vários sentidos; vaguidade, quando permita uma informação de extensão larga e compreensão escassa; ambiguidade, quando possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proporção em que

²⁴ ARRUDA ALVIM, 2005, p. 60.

Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

o conceito se insira; porosidade, quando ocorra uma evolução semântica em todo o percurso em que o sentido do termo se deva encontrar; e esvaziamento, quando falte qualquer sentido útil.²⁵

Assim, considerando o que já tratamos a respeito dos elementos configuradores das cláusulas gerais, é certo que ambos – cláusulas gerais e conceitos indeterminados – (e daí o sentido de compararmos esses institutos) têm em comum o fato de fazer parte do campo dos conceitos de equidade ou, em outras palavras, que ambos não estão situados na esfera do direito estrito.

Neste aspecto, sustenta Karl Engisch que as cláusulas gerais não possuem, do ponto de vista metodológico, qualquer estrutura própria, eis que não exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, bem como pelos normativos e discricionários.

Por conta disso, para esse autor, o verdadeiro significado das cláusulas gerais se cinge no fato de que residem no domínio da técnica legislativa, na medida em que, em decorrência de sua generalidade, tornam possível sujeitar um mais vago grupo de situações, de modo lacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica.²⁶

Também pressupondo que a diferença entre tais institutos se situaria no plano funcional, Judith Martins-Costa entende que, na aplicação da cláusula geral, o juiz teria maior amplitude no exercício de seu poder criativo, pois, em que pese o conceito indeterminado, em razão da vagueza semântica que lhe é inerente, permitir alguma abertura a mudanças de valoração, ainda assim, neste caso, o juiz, ao aplicar aquele respectivo conceito indeterminado, teria de proceder a uma subsunção do caso concreto posto sob apreciação, ou seja, interpretaria para subsumir o fato. Vejamos, nesse ponto, o que ensina a referida jurista:

Os conceitos indeterminados podem se reportar tanto a realidades valorativas quanto a realidades fáticas. Por sua vaguidade e ambiguidade são muitas vezes polissêmicos, daí permitindo razoável dose de liberdade por parte do aplicador da lei no momento de sua aplicação.

Ocorre que tais conceitos integram, sempre, a descrição do “fato” que a norma pretende abranger. Embora permitam, por sua fluidez, uma abertura às mudanças de valoração, a verdade é que, por integrarem a descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. Assim, “uma vez estabelecida *in concreto*, a coincidência ou a não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, preterdeterminada”.²⁷

²⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1176-1177.

²⁶ ENGISCH, 1996, p. 233.

²⁷ MARTINS-COSTA, 1992, p. 51.

Assim, *grosso modo*, tanto nas cláusulas gerais como nos conceitos indeterminados, haverá, por parte do juiz, uma atividade valorativa, pois, também nos dois institutos, o legislador afastou uma enumeração casuística. No entanto, como visto, em se tratando de conceitos indeterminados, o grau de generalidade e abrangência é menor do que nas cláusulas gerais, já que, na esfera dos conceitos indeterminados, a atitude de subsunção à hipótese legal continua a existir, ao passo que, no âmbito de aplicação das cláusulas gerais, dá-se verdadeira criação judicial, em detrimento da mera subsunção, mediante atividade de concreção.

Para reforçar tal entendimento, valemo-nos, mais uma vez, da conclusão extraída pela Professora Judith Martins-Costa sobre a questão ora posta em debate, a qual ensina que, enquanto nos conceitos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa.

Para tanto, a autora explica que o juiz deverá averiguar, além da possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, a exata individualização das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica. Deverá, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes no caso concreto ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções existentes no sistema.²⁸

58

A ligação que se pode admitir, então, é a de que, no momento em que juiz o preenche, o conceito indeterminado perde, como consequência, essa indeterminação e se transforma em “conceito determinado pela função”, mediante a valoração do conceito, aplicando, como consectário, as cláusulas gerais.²⁹

No entanto, como tratado, as cláusulas gerais diferenciam-se dos conceitos indeterminados, haja vista que quando estes são constatados pelo magistrado, na própria norma, já há a solução do caso concreto, enquanto naquelas o juiz exerce o poder de concretizar, criar uma solução para uma situação, atribuindo valores, instrumentalizando o que era abstrato.

Daí por que se vislumbra, com facilidade, a importância da interpretação na aplicação das cláusulas gerais e de conceitos vagos, dada a vagueza semântica a eles inerente, até mesmo pelo fato de que, como visto, são técnicas legislativas, criadas para, de fato, alcançar os seus objetivos, trazendo uma comunicação entre o Código Civil, a Constituição Federal, os demais microssistemas jurídicos e, em especial, a recepção dos valores da sociedade, conforme a sua evolução naquele determinado tempo.

²⁸ MARTINS-COSTA, 2000, p. 326.

²⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002. p. 6.

A importância da interpretação na aplicação das cláusulas gerais e conceitos vagos

Uma vez restando assente os principais elementos caracterizadores das cláusulas gerais, notadamente ao confrontar a sua estrutura com os princípios gerais do direito e os conceitos indeterminados, é fácil vislumbrar a importância da interpretação a ser perpetrada pelo aplicador de tais institutos, eis que pressupõe um caráter de vaguidão, de abertura, de fluidez.

Com efeito, como já tratado anteriormente, as condutas relativas aos princípios não derivam diretamente deles, mas das normas que os incorporam, como as cláusulas gerais.

E, como visto, os princípios são normas fundantes, desempenhando, além de outros papéis, o de regras interpretativas, já que, em se tratando de um sistema jurídico aberto, a aplicação das normas positivadas, bem como a sua própria criação e estrutura pelo legislador, deve se dar a partir das noções extraídas dos princípios. Cabe ao intérprete a eles recorrer, quando for extrair o efetivo sentido para aquele determinado caso concreto, de modo a propiciar, com isso, coesão, unidade e harmonia ao sistema como um todo.

Portanto, a interpretação pode ser tida como um pressuposto lógico da aplicação de um princípio, de uma cláusula geral, mas, ao mesmo tempo, eles próprios integram o processo interpretativo, de um modo geral.

Dessa feita, a interpretação configura-se como um processo de qualificação da realidade quando da aplicação de determinada norma.

Ora, levando-se em consideração a dinamicidade da sociedade contemporânea, a grande relevância da interpretação das cláusulas gerais e de conceitos vagos se dá justamente em razão disso, pois se trata de técnicas legislativas afeiçoadas à realidade com a qual hoje nos deparamos, marcada pela instabilidade e pela rapidez das mudanças sociais.

Aliás, essa concepção decorre da própria evolução dos princípios clássicos do direito de contratar, pois os contornos flexíveis (intimamente ligados à maior dinamicidade que os sistemas jurídicos tradicionais imprimiram aos novos contratos, na qualidade de importante veículo de transmissão de riquezas) nasceram no final do século XVIII.

Com efeito, a burguesia, à época, na qualidade de classe ascendente, passa a influir na função do Estado, de modo a, com isso, acumular ainda maior patrimônio e garantir a sua hegemonia.

Por conta desse panorama, a função do Estado foi sensivelmente apequenada, intervindo apenas para a manutenção da segurança e do *status quo*, protegendo-se os direitos e reprimindo-se as violações.

Raquel de Moraes Laudanna

Nesse passo, a burguesia, ao assumir o Poder Legislativo, via na lei expressão da vontade geral, e o Poder Judiciário, por sua vez, atuava como mera “boca da lei”, assim propagada por pelo menos quatro décadas posteriores à Revolução Francesa, quando era proibida qualquer forma de interpretação.

Justamente em razão da busca de maior segurança e estabilidade em favor da burguesia, o Código Civil francês foi integrado predominantemente de normas plenas, de elementos definitórios, de conceitos determinados, de descrição minuciosa da hipótese fática em que o dispositivo devia incidir.

Todavia, já no século XX, o Estado liberal foi substituído pela noção de Estado social, passando a adotar posição dirigista, que promove objetivos predefinidos, que efetivamente atua.³⁰

E a adoção de cláusulas gerais e conceitos vagos, nessa seara, passa a tomar ainda maior relevância, trazendo à baila a importante função da interpretação – antes inerte – para a aplicação ao caso concreto.

Contudo, desde já, é importante esclarecer que a interpretação, ínsita à aplicação de determinada cláusula geral e conceito vago ao caso concreto, não se confunde com a noção de discricionariedade (tema a ser abordado em seção autônoma, mais adiante), haja vista que o campo de atuação da decisão judicial é o da argumentação, intimamente associada à ideia de interpretação.

60

Isso porque é cediço que a interpretação dá vida ao texto do enunciado jurídico – geral, vago –, e, ao decidir racionalmente, de modo fundamentado, o juiz consequentemente adota, como premissas, argumentos adequados e aceitáveis.

Com isso, a atuação do magistrado se restringe a ajustar o enunciado jurídico aos costumes, valores sociais, princípios gerais norteadores do sistema, enfim, tudo mediante a interpretação.

Assim, sob essa ótica, a importância das cláusulas gerais está adstrita à materialização do binômio interpretação e aplicação com argumentação, ocasionando dinâmica do e no ordenamento jurídico.³¹

Sobre o tema, a Professora Judith Martins-Costa explica que as cláusulas gerais caracterizam-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema. Estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual,

³⁰ ARRUDA ALVIM, 2005, *passim*.

³¹ GOES, Gisele Santos Fernandes. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan. *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento jurídico*. São Paulo: Manole, 2006. p. 93-94.

Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extrassistemáticos no interior do ordenamento jurídico.³²

Diante do exposto, nota-se que, no âmbito de aplicação das cláusulas gerais, a *tópica* é chamada à baila, como uma nova abordagem do direito, fora dos estreitos limites das concepções do positivismo jurídico do século XIX e do normativismo kelseniano.

A partir do grego *topos*, correspondente à palavra latina *locus*, estando associada na língua portuguesa à noção de *lugar-comum*, Theodor Viehweg propôs, no bojo de sua obra *Tópica e jurisprudência*, a retomada do pensamento tópico, por meio do que pretende elaborar um tipo de análise da matéria jurídica, que incorpore o processo de aplicação do direito ao objeto de estudo da ciência jurídica, de modo a romper com a ideia restrita da análise estrutural do ordenamento jurídico e da relação existente entre suas normas.³³

Tudo porque o paradigma lógico-formal é inadequado para o estudo do direito atual, exatamente porque ignora algo fundamental para as instituições jurídicas: o papel da prática jurídica na construção da normatividade.

É que o direito não pode ser reduzido – notadamente com a inserção das cláusulas gerais e conceitos vagos – a um todo abstrato de normas, aplicáveis perfeitamente a casos presentes e futuros. Em verdade, o conjunto normativo formado pelo ordenamento jurídico tem o seu significado dado pela leitura que os aplicadores do direito fazem das normas que nele vigoram.

Assim, o enfoque que deve ser dado, mediante a interpretação, é a de que o imperativo de ordem sistemática, aplicado ao direito a partir da Era Moderna, pode ser harmonizado com raciocínios que levem em consideração o papel da casuística na construção do sistema jurídico.

Com isso, a motivação das decisões judiciais é uma expressão da faceta argumentativa do direito, sendo, aliás, um importante fator de legitimação da atuação do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que, em contrapartida, a motivação traz fundamentos de ordem técnica para a decisão, dirigidos à comunidade jurídica, além de representar um discurso voltado a persuadir a sociedade como um todo sobre a adequação da linha decisória adotada.

Destarte, é certo que, ao fundamentar a sua decisão, o juiz, aplicando as cláusulas gerais e conceitos vagos, procede a uma verdadeira costura entre o arcabouço conceitual e principiológico existente no sistema normativo e as pe-

³² MARTINS-COSTA, 2000, p. 303.

³³ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 88.

Raquel de Moraes Laudanna

culiaridades do caso sob exame, o que traduz uma clara harmonização entre os pensamentos tópicos e sistemáticos do direito.³⁴

A função das cláusulas gerais e conceitos vagos

Considerando o quanto exposto até o presente momento, nota-se que a aplicação das cláusulas gerais e conceitos vagos trazem, mediante a interpretação realizada pelo operador do Direito – especialmente o Poder Judiciário (cuja atribuição, nesta seara, será oportunamente estudada) –, verdadeira concreção à situação de fato posta sob apreciação.

Com efeito, a patente necessidade de inclusão de cláusulas gerais e conceitos vagos, que em última instância traz para o bojo do ordenamento ainda maior importância aos princípios jurídicos, é uma forma de driblar a complexidade das sociedades contemporâneas.

É que, como é cediço, as sociedades contemporâneas são marcadas pela tendência de incorporar segmentos institucionalizados, ou seja, camadas sociais que, em outros tempos, viviam à margem dos benefícios gerados pelas conquistas da civilização.

Assim, a dificuldade de operacionalizar um sistema fechado, de normas escritas, e por conta disso de razoável estabilidade, decorre da mobilidade social com que nos deparamos, em sentido contrário à intensificação do fenômeno da positivação.

62

Na realidade, num mundo em que cada vez mais nos deparamos com a rapidez com que os fatos surgem e reclamam uma solução também célebre do direito, o que se vê é um sistema legislativo incapaz de regular essa vasta gama de fatos que devem ser normatizados. Esse fenômeno, aliás, transcende nossas fronteiras e representa uma questão de difícil solução em todo o mundo.³⁵

Dessa feita, os conceitos utilizados nos tipos legais, com o fito de formular e trazer concretude a princípios – conceitos vagos e cláusulas gerais – em razão da vagueza semântica a eles inerente, permitem que penetrem no direito elementos de outros universos. E, assim, o direito, lenta e gradualmente, vai se alterando, sem que se comprometa qualquer noção de segurança jurídica (o que será melhor justificado a seguir).

Por isso, como até já tratamos, o sistema jurídico que se tem hoje se auto-produz, eis que existe uma retroalimentação, na medida em que as cláusulas gerais têm a função de “oxigenar” o sistema, prolongando sua vida útil, criando aberturas para o mundo extrajurídico (ou melhor, aquele não positivado).

³⁴ MENDONÇA, 2003, p. 386-387.

³⁵ DONNINI, 2007, p. 117.

Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

Em outras palavras, as cláusulas gerais têm a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico. Esta mobilidade deve ser entendida em dupla perspectiva: como mobilidade externa, isto é, a que “abre” o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a “adequação valorativa”; e como mobilidade interna, vale dizer, que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores do sistema.³⁶

Além de ser instrumento para trazer maior mobilidade ao sistema (cuja principal noção entendemos por bem mencionar acima), a Professora Judith Martins-Costa, ainda, indica outras quatro funções das cláusulas gerais no ordenamento jurídico.

Uma delas se cinge à permissão que se concede ao Juiz para atuar como criador de direitos e de obrigações no caso concreto (nos limites e sem qualquer arbitrariedade para tanto, consoante abordaremos mais adiante).

Outra função, ainda, diz respeito às cláusulas gerais atuarem como elemento de conexão ou “leis de referência” para possibilitar ao juiz a fundamentação de sua decisão de forma relacionada com outros precedentes. Isso porque, caso não houvesse cláusulas gerais no campo do direito dos contratos, para um mesmo caso de inadimplemento contratual pela infringência de certos deveres de conduta não previstos em lei nem pelas partes, o juiz poderia fundar-se na equidade para julgar, ao passo que outro se apoiaria na vedação do abuso de direito, e um terceiro poderia, ainda, decidir a questão à luz dos princípios gerais de direito.

E, mesmo que a sentença se apresentasse devidamente fundamentada em todas as situações apontadas, a dispersão dos fundamentos dificultaria a pesquisa dos precedentes dada a falta de identidade da *ratio decidendi*, o que, de acordo com a mesma autora, problematiza a pesquisa jurisprudencial, como, por igual, o progresso do Direito – pela dificuldade na reiteração da hipótese nova – impede a sistematização da solução inovadora. Por essa razão, as cláusulas gerais têm a importante função de formar catálogos de precedentes, eis que elas atuam como ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial.

Além disso, outra função ventilada seria a integração intrassistemática das disposições contidas nas várias partes do Código Civil, bem como a integração intersistemática, na medida em que permitem a migração de conceitos e valores entre a codificação civil, a Constituição Federal e as leis especiais.

No mais, finalmente, uma última função se refere a evitar os malefícios da inflação legislativa, de modo que, ao surgimento de cada problema novo, não deva, necessariamente, corresponder nova emissão legislativa.³⁷

³⁶ MARTINS-COSTA, 2000, p. 341.

³⁷ Resumo extraído de trecho de HENTZ, 2007, p. 48-49.

Nesse mesmo sentido, Menezes Cordeiro sustenta que a principal função da cláusula geral é a de salvaguardar uma margem mínima para integrar no sistema ocorrências impossíveis de prefigurar nos meios legislativos clássicos, pois o Direito está sujeito a modificações sociais, e, ainda que a lei não reaja, a ordem jurídica deve fazê-lo.³⁸

Destarte, as cláusulas gerais e conceitos vagos são a ponte entre o sistema e a realidade social, entre o sistema e os valores da sociedade. Constituem um dos instrumentos que auxiliam a abertura e a mobilidade do sistema, necessárias à consecução da função primordial do Direito, que é a busca da Justiça.³⁹

Nesse sistema aberto de cláusulas gerais, o que se pretende é cada vez mais aproximar o direito da moral, uma vez que aquele, separado desta, perde a razão de ser.⁴⁰ Com isso, o que se procura é justamente evitar que o direito, mesmo dissociado da moral, continue a ter império, validade e eficácia.

E o curioso – que igualmente se extrai da observação dessa função desempenhada pelas cláusulas gerais e conceitos vagos – é que o seu constante uso e aplicação (segundo a devida interpretação e motivação pelo operador), durante um espaço de tempo razoavelmente considerável, podem fazer com que a sua vagueza seja sensivelmente minorada ou até desapareça, ou ainda com que diminua o grau de sua indeterminação.

64

Assim, os conceitos jurídicos também amadurecem, se o desenvolvimento social reclama muito frequentemente a sua utilização.⁴¹

Limites estabelecidos quando da aplicação das cláusulas gerais e conceitos vagos

No desempenho das aludidas funções, ventiladas alhures, as cláusulas gerais e conceitos vagos encontram, contudo, algumas limitações, as quais serão sucintamente estudadas no presente tópico, sem prejuízo, em especial, das ponderações trazidas em seção seguinte, atinente à atuação do Poder Judiciário.

Nesse passo, quando da aplicação das cláusulas gerais e conceitos vagos, deve-se adotar, como limite norteador, o próprio respeito ao princípio da legalidade, haja vista que, a despeito da possibilidade de livre aplicação no caso posto sob julgamento (mediante interpretação e devida motivação), trazendo-lhe concretude, não se pode admitir que haja afronta direta a hipóteses descritas em lei, até mesmo com respaldo na segurança jurídica e na previsibilidade do desate de determinada questão.

³⁸ Apud APORÍCIO, 2006, p. 23.

³⁹ APORÍCIO, 2006, p. 23-24.

⁴⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 329.

⁴¹ ARRUDA ALVIM, 2005, p. 69-73.

Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

E é justamente neste aspecto que, quando uma decisão é tomada com base numa cláusula geral, a função dos precedentes se torna ainda mais relevante, haja vista que, como a cláusula geral escampa de modo expresso um princípio e, assim, não descreve a hipótese fática em que deve incidir, justamente a reiteração da incidência da cláusula geral sobre determinado quadro fático é que vai orientar o jurisdicionado, no que diz respeito à conduta, e o juiz, quanto à forma como deve decidir em casos iguais ou semelhantes.⁴²

Portanto, o limite da cláusula geral é, evidentemente, atuar em conjunto com princípios e normas postas, desempenhando ainda maior papel nos denominados *hard cases* (a respeito dos quais as normas escritas minuciosas nada dispõem), bem como em casos em que há lacunas, obscuridade, nos textos das cláusulas contratuais inseridas no bojo do contrato.

A MUDANÇA DE PARADIGMA DAS CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS VAGOS NO ATUAL CÓDIGO CIVIL

Ultrapassado o estudo a respeito das principais características atinentes às cláusulas gerais e conceitos vagos, cumpre-nos, agora, voltar os olhos para o ordenamento jurídico brasileiro, em especial, de modo a verificarmos como a sua aplicação tem se comportado no âmbito do diploma civil, bem como em que medida valores constitucionais nela interferem e, também, em que circunstâncias (e se é que existem) isso poderia afetar a segurança e a previsibilidade no desfecho de determinado caso concreto em que são chamados a atuar.

Com efeito, debruçando-se sobre a ideia da codificação das leis, conjugada ao novo paradigma de sistema jurídico aberto, muitos juristas ventilaram um fenômeno denominado “descodificação”.

Ocorre que, como já tivemos a oportunidade de vislumbrar, é plenamente possível (como, aliás, ocorre de fato) admitir-se a convivência harmônica entre a permanência dos códigos e um sistema jurídico aberto.

É que, como é cediço, era concebido que, em um sistema jurídico do tipo fechado, a atividade judicial não era complexa, haja vista que, dado o escalonamento hierárquico das normas, os princípios pré-positivados de nada contavam.

Contudo, diante das experiências vividas por outros sistemas jurídicos, diferentes do romano-germânico que nos norteou, tal como o *common law*, é afastada a questão da rígida fidelidade à lei e aos vínculos conceituais típicos do modelo de interpretação axiomática, permitindo-se hoje a admissão da aplicação judicial do Direito por via de concreção.⁴³

⁴² ARRUDA ALVIM, 2005, p. 73.

⁴³ MARTINS-COSTA, 1992, p. 52.

Foi o que ocorreu no ordenamento jurídico pátrio. *Ab initio*, insta lembrarmos que o Código Civil de 1916 possuía uma feição patentemente individualista, em decorrência da clara influência das ideias norteadoras da Revolução Francesa.

Nesse âmbito, o código era visto como manifestação máxima do sistema de direito privado, caracterizado por ser totalmente fechado, porquanto se autorreferenciava de forma absoluta e vedava qualquer mecanismo de integração externa.

Isso significa, pois, que não havia a previsão de válvulas de escape que permitissem a influência de elementos econômicos, sociais, culturais, éticos e políticos no sistema jurídico.

Aliás, a este respeito, Ruy Rosado de Aguiar Júnior vem a concluir que a sistemática – fechada – então adotada significava verdadeira arrogância por parte do legislador, pois, ao desprezar usos e costumes, exaltando apenas e tão somente a lei, julgava-se, com isso, capaz e suficiente para prever e regular todos os tipos de situações.⁴⁴

66

Em verdade, tal concepção se justificava no contexto histórico então vigente, na medida em que a burguesia, ao assumir o poder após a Revolução Francesa – como, inclusive, já referido anteriormente – e com o fito de dominar a aplicação da lei, com receio da classe nobre antes prevalecente, engessou a atuação dos magistrados, proibindo-lhes, num primeiro momento, qualquer interpretação (até 1830) e, posteriormente, somente admitindo a interpretação literal da lei (entre 1830 e 1880).⁴⁵

Para tanto, então, o legislador francês utilizava-se de tipos normativos minuciosos, plenos de elementos definitórios, o que demonstra a busca por conceitos dogmáticos fechados e a identificação entre Direito e norma, bem como a exaltação da segurança jurídica como principal valor protegido.

Consequentemente, adotando tal premissa, havia forte tendência em tornar lei todas as hipóteses empíricas possíveis, mediante normas casuísticas que permitiam a mera subsunção formalista do julgador.⁴⁶

Ora, em decorrência da complexidade da vida moderna, mormente o surgimento da chamada sociedade de massa, o Código Civil de 1916 tornou-se obsoleto, não galgando mais prever todos os tipos de relações possíveis. Isso culminou, antes do novo (e vigente) Código Civil, na criação de inúmeras leis especiais (verdadeiros microssistemas) – tal como, apenas a título de exemplificação, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Locação –, denotando a verdadeira

⁴⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Ajuris*, 45/7, p. 19.

⁴⁵ ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 815, p. 11-31, set. 2003. p. 19-20.

⁴⁶ MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Org.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. X-XI.

Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

importância dos valores propagados pela Constituição Federal (tema melhor abordado na seção subsequente).

Rompendo, então, o paradigma fechado e rígido do Código Civil de 1916, o novo códex trouxe uma nova sistematização do direito privado, na medida em que tinha (e tem), como finalidade precípua, dar efetividade às normas constitucionais, apoiada na noção de unidade interior do ordenamento jurídico.

Segundo muitos autores, o Código Civil de 2002 seria caracterizado, então, como um sistema misto, eis que constituído por uma parcela de disposições rígidas, por meio das quais o legislador lançou mão do método casuístico, que obriga o aplicador da norma a valer-se do método lógico-subsuntivo, e outra parcela de disposições flexíveis, típicas de um sistema aberto e móvel.⁴⁷

Considerando, então, que o atual diploma civil mostra-se como um sistema misto, vislumbra-se, de um lado, o relevante aspecto de maior certeza e segurança, levando-se em conta determinadas situações casuisticamente previstas pelo legislador, bem como, ao mesmo tempo e em contrapartida, partes abertas do sistema, que funcionam como válvulas de escape e permitem a busca da solução mais justa para cada caso posto sob apreciação, notadamente em atenção às suas peculiaridades e ao constante desenvolvimento tecnológico da sociedade contemporânea. Cuida-se, pois, das características de incompletude e modificabilidade inerentes à legislação posta.

Diante disso, ao reconhecer, portanto, a impossibilidade de plenitude do direito escrito – especialmente, como visto, em razão da dinamicidade da sociedade em que vivemos –, o Código Civil libertou-se da antiga perspectiva limitada à equidade e aos princípios éticos, na medida em que a nova ordem normativa se cinge à plenitude ético-jurídica do ordenamento.⁴⁸

E nem se cogite que tal novo paradigma seja antagônico à própria ideia de codificação, pois, ao contrário, o Código, em si, deve ser visto como um eixo central de apoio para todo tipo de interpretação, convivência, com outros micro-sistemas e valores.

É o que brilhantemente sintetiza a Professora Judith Martins-Costa,⁴⁹ cujo excerto, nesse sentido, não poderíamos deixar de transcrever. Senão, vejamos:

Tal modelo de aplicação judicial do Direito nos mostra a experiência de outros países, não é, por si só, antagônico à ideia de codificação. Mais do que isto, permite a visualização de uma nova noção de sistema jurídico. Se conseguirmos afastar de nosso raciocínio as armadilhas da

⁴⁷ NERY JÚNIOR; ANDRADE NERY, 2002, p. 4.

⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 11, apud HENTZ, 2007, p. 38.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, 1992, p. 52-53.

ilusão codificadora e admitirmos a possibilidade da convivência entre o código, as variadas leis especiais e um modelo de interpretação judicial que não dispense a utilização do raciocínio problemático de que tratou Viehweg em sua “Tópica”, poderão os códigos sobreviver como “eixos centrais” de cada sistema e subsistema individualmente considerado, entendidos estes, por óbvio, não mais à base da concepção típica às ciências exatas, mas de um modo aberto.

E, ao final, conclui a jurista que “o código, tido como ‘centro’ do sistema, se apresentará como um modelo amplo e abrangente de valores metajurídicos, flexível e sensível à dinâmica social, em razão, basicamente, de sua linguagem compreensiva das ‘cláusulas gerais’”.⁵⁰

Destarte, em outras palavras, o Código Civil de 2002, como um sistema misto, rompendo o paradigma individualista do códex anterior, demonstra a mudança da própria concepção do que seja um código, agora não mais buscando abarcar, em seu *corpus*, a totalidade do direito, mas, mediante as cláusulas gerais, atuar como elemento integrador, unificador e vivificador do ordenamento, permitindo verdadeira integração do que está em suas margens, disperso nas demais leis extravagantes ou microsistemas.

68

Por fim, apenas a título de curiosidade, cumpre ventilar, de modo sucinto, a classificação de alguns tipos de cláusulas gerais, inseridas no bojo do Código Civil, ainda que sem qualquer pretensão de nos debruçarmos sobre os pormenores de cada dispositivo suscitado.

Assim, Rodrigo Reis Mazzei sustenta que o Código Civil teria três tipos de cláusulas gerais: restritivas, regulativas e extensivas.

As cláusulas gerais restritivas teriam por finalidade limitar ou restringir determinadas situações e direitos subjetivos assegurados por princípios e regras. Seria o caso, *v.g.*, das cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva, disciplinadas, respectivamente, pelos arts. 421 e 422, do Código Civil, na medida em que restringem a liberdade contratual até então assegurada aos contratantes, impondo-lhes deveres secundários.

Já no que é pertinente às cláusulas gerais regulativas, o jurista sustenta que elas têm por escopo regular situações fáticas sem desenho acabado na legislação, como seria o caso do dever de indenizar os danos causados em razão da prática de atos ilícitos (art. 186, do Código Civil).

E, finalmente, as cláusulas gerais extensivas seriam aquelas que permitem o alargamento da regulação jurídica por intermédio do uso de regras e princípios de outros sistemas legais. Seria o tipo de cláusulas que permitiria o reenvio do julgador a normas estranhas às que estão contidas na codificação civil, tal como,

⁵⁰ MARTINS-COSTA, 1992, p. 53.

Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

para ele, ocorre nos contratos de agência e distribuição, sobre os quais incidem, no que couber, as regras atinentes ao mandato e à comissão, constantes de lei especial (segundo art. 721, do Código Civil).⁵¹

IMPLICAÇÕES DA UTILIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS VAGOS, SEGUNDO VALORES CONSTITUCIONAIS

Após a análise da inserção das cláusulas gerais no bojo do Código Civil de 2002, não poderíamos deixar de mencionar a importância de sua aplicação conforme os valores norteadores de nosso ordenamento jurídico, consagrados no seio da Constituição Federal.

Isso porque, consoante já comentado anteriormente, uma vez constatado que o anterior código, de 1916, tinha se tornado obsoleto (dadas as características da sociedade contemporânea), outros microsistemas ganharam relevância, como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Inquilinato.

E foi justamente nesse contexto que, então, a Constituição Federal de 1988 foi elevada a verdadeiro eixo do direito privado, pois trazia princípios e valores que, estes sim, poderiam se coadunar com a realidade social.

Assim, e como não poderia ser diferente, com a entrada em vigor do novo Código Civil, é fácil extrair que as cláusulas gerais e conceitos vagos, nele inseridos, apenas dão efetividade a valores e princípios já expressa ou implicitamente previstos na Constituição Federal (o que, aliás, corrobora a noção de sistema aberto, já tratado anteriormente).

Diante disso, os princípios e valores constitucionais mostram-se como verdadeiros vetores interpretativos ao Juiz, quando da apreciação de determinado caso concreto, ao aplicar uma cláusula geral.

Portanto, não seria admissível, ao dar concretude a certa situação, valendo-se de cláusula geral, que houvesse qualquer decisão que destoasse da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade ou da justiça social, preconizados constitucionalmente.

Até porque decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana os princípios da solidariedade e da igualdade, pois são, na realidade, verdadeiros instrumentos da efetiva proteção da dignidade humana. A solidariedade, por sua vez, prevista no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, como um dos objetivos fundamentais estampados na Carta Magna, está intimamente vinculada às cláusulas gerais, uma vez que estas buscam o comportamento solidário entre as partes.

⁵¹ MAZZEI, 2005, p. LXXXVI, com resumo trazido por HENTZ, 2007, p. 42.

Raquel de Moraes Laudanna

Com efeito, o princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, deve ser visto como um princípio de justiça social, eis que, em última instância, tem por escopo realizar a igual dignidade do ser humano, para que seja efetivada a justiça social, estabelecida no art. 170, *caput*.⁵²

Todas estas noções, repita-se, são levadas em consideração como vetores interpretativos, por ocasião do desfecho de determinado caso concreto, em que é chamada a aplicação de uma cláusula geral, inserida no Código Civil.

Sobre o tema, Rodrigo Mazzei⁵³ leciona que as cláusulas gerais no Código Civil de 2002, ao mesmo tempo em que permitem a entrada de normas constitucionais no corpo da codificação, para a sua aplicação nas relações subjetivistas por ele previstas, propiciam, em outras situações, a saída para a aplicação dos ditames constitucionais à legislação especial, visto que essa projeção já é prevista no novo Código, em diversos casos.

Por fim, não se pode perder de vista que, a despeito da Constituição Federal funcionar como eixo central do direito privado e fornecer princípios como vetores interpretativos para a aplicação de cláusulas gerais inseridas no bojo do Código Civil (e outras legislações), ela própria, ainda, é sintoma da alteração do sistema normativo, também absorvendo cláusulas gerais e conceitos vagos.

70

Já no seu preâmbulo, é inserido o compromisso de que o Estado deve assegurar “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”. Desde já, pode-se perceber a noção de uma cláusula geral, aberta.

No mais, a Constituição Federal também incorpora outras regras gerais, formadas abstratamente e que, normalmente, atendem a certos fins, ao fazer menção, *v.g.*, a “meio ambiente”, a “domínio econômico”, “proteção”, “combate”, “apoio”.

Trata-se, pois, de conceitos vagos, cujo conteúdo está para ser construído (ou o foram por outras leis infraconstitucionais), não trazendo, por si sós, a sua significação já estampada.

Dessa feita, o que se vislumbra é que as cláusulas gerais estão presentes, inclusive, no seio da ordem constitucional, obrigando o intérprete a recorrer a valores e a uma concepção sistemática do ordenamento, para melhor dizer o direito ao caso concreto.

O PODER JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DE CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS VAGOS: SEGURANÇA E PREVISIBILIDADE

Consoante abordado alhures, as cláusulas gerais, em decorrência de sua concepção vaga, fluida, possibilitam a efetiva atuação do seu aplicador, por meio

⁵² DONNINI, 2007, p. 124.

⁵³ MAZZEI, 2005, p. LXXVII.

Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

do que se procede à recepção de valores e princípios para o bojo do ordenamento, tudo mediante a interpretação, a argumentação e a motivação exigida para tanto.

É bem verdade que a aplicação das cláusulas gerais, evidentemente, não se cinge apenas e tão somente à atuação do Poder Judiciário, eis que, com efeito, qualquer parte contratante, por exemplo, no bojo de um contrato, interpreta e aplica as disposições lançadas no respectivo instrumento contratual, para o fito de, assim, cumprir a obrigação de que é devedora.

No entanto, a despeito disso, é igualmente certo que a aplicação da cláusula geral pela atuação do Poder Judiciário quando do proferimento de determinada decisão, no caso concreto, é que demonstra a sua nítida função (tal qual abordada alhures), no sentido de trazer concreção à situação posta sob apreciação.

Aliás, tanto assim é verdade que a doutrina mostra-se uníssona, ao tratar sobre as cláusulas gerais, em abordar a importância da jurisprudência e dos precedentes e, em contrapartida, a preocupação atinente à segurança jurídica e previsibilidade das decisões, temas estes que, com efeito, não se coadunam com a sua mera aplicação por certas partes envolvidas em obrigações a serem cumpridas, decorrentes de determinada disposição contratualmente entabulada entre elas, mas, ao contrário, de terceira pessoa (no caso, o Juiz), que é chamado a trazer à baila princípios e valores que, no seu entendimento, e conforme a convicção formada naquele caso concreto (dado certos elementos que serão abordados adiante), merecem tutela.

Por conta disso, não obstante as cláusulas gerais tratem de uma técnica legislativa ofertada a todos os operadores do Direito, não há dúvidas de que é na sua aplicação na esfera do Poder Judiciário que maiores questões são trazidas para uma abordagem problemática, especialmente no que diz respeito à discricionariedade na sua aplicação, ou, ainda, na atuação como verdadeira fonte criadora de normas, e, no mais, no que é pertinente à insegurança e imprevisibilidade no entendimento a ser formado, dependendo da convicção pessoal de cada Magistrado.

Tais ponderações decorrem, em última instância, da interpretação exigida do julgador, já abordada anteriormente como um elemento indissociável da aplicação das cláusulas gerais.

Hoje, esta concepção é tratada como nova hermenêutica, considerada uma negação da concepção tradicional, à moda de Savigny, segundo a qual a interpretação do direito seria a mera reconstrução do pensamento do legislador.⁵⁴ E nem poderia ser diferente, especialmente em se tratando de cláusulas gerais,

⁵⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 283.

Raquel de Moraes Laudanna

hipótese em que o próprio legislador, propositadamente, cria textos em que são ínsitas noções vagas e gerais, para, mediante tal técnica legislativa, exigir do seu aplicador a busca de valores e princípios para sua concreção.

Com efeito, o direito legal deixou de ser visto como uma entidade dotada de plenitude ou completude lógica, ou o juiz como um mero aparelho de sub-sunção, passando-se a admitir que o juiz decida de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, dada a incidência cada vez maior com que esses casos “peculiares” passam a ocorrer.⁵⁵

Em verdade, o fato é que o Judiciário efetua verdadeiro “corte na realidade” ao escolher a única e corretamente admissível decisão num determinado caso concreto, tanto no aspecto da interpretação do conhecimento do próprio fato que está sendo trazido a julgamento, como na possibilidade de explorações de valores concorrentes para o caso que se oferece. Daí é que, para alguns, tal circunstância se aproximaria da noção de discricionariedade.

Para solucionar a questão (repita-se, o entendimento de que a aplicação de cláusulas gerais seria decorrente de uma atuação discricionária), oportuna lição foi trazida pelo recém-aposentado Ministro Eros Grau, que sintetiza tal ideia, esclarecendo que no exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, na eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de conceitos indeterminados, o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade. Por isso – e não porque o número de soluções justas varia de uma outra hipótese – é que são distintas as duas técnicas.⁵⁶

72

Com efeito, tal distinção – que afasta qualquer vínculo entre a cláusula geral e o poder discricionário – se cinge no fato justamente da atividade da interpretação-aplicação inerente ao exercício do juiz (e, portanto, consoante já ventilado, de compreensão e escolha de uma solução) se valer de um conceito indeterminado. Isso não se daria na esfera da discricionariedade, já que a escolha se situa em um âmbito que não está qualificado no ordenamento, mas circunstancialmente por uma conveniência – oportunidade.

Assim, pelo exposto, “os conceitos tidos como vagos ou os termos indeterminados e as cláusulas gerais são solucionadas pelo que se compreende da lei e não que se tenha conveniência pela lei para o juiz agir como queira”,⁵⁷ na medida em que sua aplicação está intimamente relacionada à interpretação, por meio da qual inevitavelmente se vale do uso de princípios e valores, por intermédio da razoabilidade e da proporcionalidade que viabilizam tal mecanismo.

⁵⁵ ARRUDA ALVIM, 2005, p. 65.

⁵⁶ GOES, 2006, p. 88.

⁵⁷ Ibid., p. 92.

Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

O mesmo se diga quanto à alegação, também ventilada por alguns, no sentido de que, ao aplicar cláusulas gerais em seus julgados, o Magistrado estaria a substituir a vontade do legislador e, por isso, serviria como fonte de Direito.

No entanto, a despeito do posicionamento acima esposado, o certo é que, mesmo com a inserção de cláusulas gerais no texto legal – o que traz abertura ao sistema, consoante já estudado –, ainda nos inserimos em um Estado Democrático de Direito, fundado no princípio da legalidade, tutelado constitucionalmente.

Dessa feita, uma posição categórica acerca da flexibilização da legalidade e da própria tripartição de poderes não parece se coadunar com o nosso sistema jurídico, o qual, ainda admitindo as cláusulas gerais, não deixa de estar adstrito a tais estruturas.

Nesse sentido, Eros Grau, ao resgatar uma “legalidade” que não é aquela meramente formal, assevera que todo intérprete estará sempre vinculado pelos textos de direito, em especial pelos que veiculam princípios, que interprete. A “abertura” dos textos de direito, embora suficiente para permitir que permaneça o direito a serviço da realidade – e, aí, a necessidade do uso, profuso, neles, de “conceitos indeterminados, imprecisos, vagos, elásticos, fluidos” (vale dizer, de noções) –, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete, resultará a subversão do texto.⁵⁸

73

Todavia, é justamente ao tratar da dinamicidade verificada quando da aplicação das cláusulas gerais e conceitos vagos – por meio do que se exige o socorro a princípios e valores para lhes dar concreção – que inevitavelmente se suscita, também, a preocupação quanto à insegurança e à imprevisibilidade dela decorrentes.

Isso porque se cogita sobre a influência do arbítrio do aplicador da cláusula geral, ou até mesmo de um subjetivismo, na medida em que convicções pessoais podem ser levadas a intervir no entendimento esposado sobre determinada questão.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior chama a atenção para o risco inerente à aplicação das cláusulas gerais pelo juiz que, segundo uma visão sectária, decorrente de má-formação técnica ou preconceito ideológico, pode eleger apenas um dos inúmeros princípios contidos na Constituição Federal – o de sua preferência ideológica –, elevando-o à condição de superior aos demais, descon-

⁵⁸ GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 209 apud JORGE JR., Alberto Gosson. *Subsídios para uma interpretação das cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo, 2003, Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), p. 79.

siderando que a exegese constitucional deve se dar por meio da ponderação mediante os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.⁵⁹

Esta seria, então, a primeira impressão deixada pela aplicação das cláusulas gerais: a propositada e pertinente minoração da própria segurança jurídica, em prol da abertura que se concede em razão da dinamização das situações fáticas postas sob apreciação, de modo a facilitar a sua concreção, trazendo outros elementos para o desate da questão.

A bem da verdade, deve-se ponderar que, tratando-se da ciência do Direito, não se pode afirmar, categoricamente, que tenha existido alguma garantia ou segurança na sua aplicação, em razão da utilização de norma expressa sem subjetividade, haja vista que, mesmo diante de normas aparentemente claras, não se garante interpretação única, tanto que o brocardo *in claris cessat interpretatio* não mais socorre o exegeta.

Todavia, embora assim pareça em um primeiro momento, o certo é que, ao contrário, não devem estes termos excessivamente vagos das ditas cláusulas gerais servir de instrumento ao direito alternativo, gerando o caos, a ausência integral de previsibilidade e o comprometimento definitivo e irreversível do valor segurança.

74

Com efeito, os princípios, cláusulas gerais ou, de modo abrangente, dispositivos legais que contêm, em sua redação, conceitos vagos ou indeterminados não podem significar uma brecha para que cada juiz aja de acordo com sua convicção pessoal a respeito do sentido que tenham estas normas. Se assim fosse, negar-se-ia a existência substancial do Poder Legislativo, e o Judiciário ficaria pulverizado em tantos quantos fossem os juízes que o integram.

Nesse sentido, conclui a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier – a respeito do aparente conflito entre as cláusulas gerais e a segurança esperada do ordenamento – que, havendo lei, com dispositivos mais minuciosos, outros mais vagos, cláusulas gerais, jurisprudência e doutrina, e os princípios aí incorporados, embora com um teor incomparavelmente mais intenso de discutibilidade, continua o direito tendo de garantir segurança, já que aos jurisdicionados é dado ter certas expectativas a respeito de determinados resultados.

Sob esta nova ótica, a segurança nasce, pois, para a sociedade, na medida em que se sabe que, por mais “criativa” que seja, a decisão (nos casos em que precisa ser construída a partir de elementos do sistema, porque não se encontra pronta no repertório de solução) só pode estar apoiada em elementos internos do sistema, o que faz com que se saiba de antemão que se conta com uma gama limitada (= dentro das expectativas) de decisões possíveis.⁶⁰

⁵⁹ ARRUDA ALVIM, 2005, p. 114-116.

⁶⁰ Ibid., p. 70.

Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

Nesse sentido, sintetiza a Professora Arruda Alvim⁶¹ que o papel central do juiz deve ser o de “tradutor dos valores predominantes na sociedade”, o que, consequentemente, acarretará o descarte de seus valores pessoais, caso não estejam em consonância com aqueles.

Para tanto, repita-se, o juiz deve fundamentar a sua decisão, não necessária e exclusivamente na lei, mas levando em conta o sistema jurídico como um todo, evitando o arbítrio, a influência de sua convicção pessoal, mas de tal forma que se controle o seu raciocínio, possibilitando futuras impugnações e, em última instância, trazendo maior grau de previsibilidade.⁶²

Ora, é justamente por conta da interpretação das cláusulas gerais que se evidencia a função do juiz ao proferir a decisão no caso concreto e, com ainda maior destaque, põe-se em relevo o papel do precedente, da jurisprudência, que confere resposta da atividade jurisdicional a cada um e a todos os casos que são postos para apreciação dos Tribunais.

Isso porque, para que se proceda à concreção das ditas cláusulas gerais e, em última instância, para a “construção da norma do caso”, os órgãos jurisdicionais vão sedimentando, com o passar do tempo, um “grupo de casos” que, por se referirem a hipóteses concretas semelhantes, acabam por preencher de sentido estas expressões formuladas abstratamente e, por conseguinte, fazem por conferir concretude de significado a estas expressões e a possibilidade de se estabelecer um controle na aplicação desses enunciados normativos do sistema.⁶³

Posição nesse sentido é ventilada, também, pelo Professor Miguel Reale, o qual, no bojo da Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código Civil, sustentou que não se pode admitir, nos tempos atuais, legislação que, dada a natureza abstrata das regras de direito, não abra “prudente campo à ação construtiva da jurisprudência”.

Destarte, diante de tudo o quanto exposto até o momento, vislumbra-se que a aplicação das cláusulas gerais pelo aplicador do Direito, ainda que chame à baila, para tanto, valores e princípios que, segundo a escolha e a aceção do respectivo aplicador, melhor se coadunem com o caso concreto posto sob análise, não se configura como ferramenta de insegurança jurídica ou imprevisibilidade, mas, ao contrário, depende da necessária e obrigatória fundamentação e argumentação, tais que impeçam se valer de meras opiniões pessoais ou com carga de subjetivismo, inclusive – e principalmente – norteadas pela jurisprudência e precedentes, que ganham ainda maior relevância quando se deparam com este tema.

⁶¹ ALVIM, 2003, p. 27.

⁶² ARRUDA ALVIM, 2005, p. 66.

⁶³ JORGE JR., 2003, p. 87.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é fácil notar que nos deparamos com um tema que exige, sem sombra de dúvidas, uma extensa dilação de análise, além do quanto ventilado por meio do presente trabalho, o qual, considerando o seu caráter conciso, não teria condições de esgotá-lo.

Isso porque o estudo das cláusulas gerais e conceitos vagos – mesmo que na seara apenas de relações contratuais, como foi o enfoque buscado no estudo em comento – tangencia muitos ramos e aspectos de abordagem, como metodologia da ciência do Direito, técnicas de hermenêutica, limites da atuação do Poder Judiciário, ideias de teoria geral e filosofia do Direito, enfim, noções que ultrapassam meramente o Direito Privado, sob uma ótica constitucional, mas repercute na própria essência do que seja a Ciência Jurídica nos tempos atuais.

Como verdadeira técnica legislativa que é, a inserção de cláusulas gerais e conceitos vagos no sistema jurídico propiciou o surgimento de um novo papel da dogmática jurídica, por meio da qual passam a ser incorporados elementos que permitem justamente a operativização de um sistema positivo, haja vista que o modelo clássico então verificado não se mostrava suficiente para a solução dos problemas da atualidade, mas pareciam, ao contrário, cabíveis para um estudo meramente científico e teórico, baseados numa crença enraizada no direito posto.

76

Por meio de uma nova perspectiva – possibilitada, como dito, por tal técnica legislativa –, o sistema recepciona e assume princípios jurídicos, escritos ou não, como normas jurídicas, ao se incluírem nas leis as tais cláusulas gerais, bem como quando se perde o receio de oferecer ao juiz – ou a qualquer operador do direito, mas ao Juiz, em especial – como parâmetros de decisão, normas escritas que contêm conceitos vagos.⁶⁴

Ocorre que, como aduzido oportunamente, o problema que se traz à baila ao se tratar da inserção das cláusulas gerais diz respeito à preocupação em, ao mesmo tempo em que se cria um mecanismo de oxigenação do sistema, que possa acompanhar as frequentes mudanças sociais, igualmente se perderia, por outro turno, o cunho de segurança e previsibilidade, ínsito à própria noção de Direito e imprescindível para se manter um Estado Democrático de Direito.

No entanto, restou demonstrado que, não obstante ser válido se cogitar na problemática inerente à adoção das cláusulas gerais e conceitos vagos, o certo é que, ao se exigir do aplicador de tais mecanismos – especialmente o juiz, ao proferir determinada decisão ao caso concreto posto sob sua apreciação – fundamentação e argumentação tais que justifiquem, cabalmente, os critérios por ele utilizados para tanto, bem como todos os elementos que o conduziram à

⁶⁴ ARRUDA ALVIM, 2005, p. 67.

Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

disposta conclusão, com isso se impediria ou pelo menos dificultaria uma carga de subjetivismo, arbítrio ou interferências preconceituosas no deslinde da circunstância fática.

Significa dizer, portanto, que a fundamentação e a argumentação de decisões em que sejam ponderados valores e princípios, para trazer concreção às cláusulas gerais e conceitos vagos, são os meios pelos quais se procederá ao controle da atividade desempenhada, de modo a possibilitar o acesso a instâncias superiores, para o exercício do direito de recorrer e, com isso, impedir que o magistrado decida conforme interferências pessoais, sem o mínimo grau de objetividade e justificativa inserida no quanto admitido pelos anseios sociais, absorvidos pelo sistema jurídico.

Assim, se alguma perda maior de segurança haveria de se admitir com as cláusulas gerais (o que é diferente de vê-las como foco de insegurança), ela se compensaria com o ganho de mobilidade e atualização do sistema, de molde a assegurar mais efetivo atendimento a valores constitucionais básicos.

Ao contrário do que se cogita, pode-se dizer que as cláusulas gerais são instrumentos efetivamente modernos, haja vista que respondem às necessidades de uma sociedade plena de relações diversificadas, setorizadas e complexas, bem como, uma vez bem aplicadas, justamente atendem à segurança jurídica, pois evitam um descontrolado aumento de produção legislativa.

Dessa feita, vislumbra-se que o sucesso da adoção das cláusulas gerais dependerá diretamente da boa qualidade na prestação da tutela jurisdicional, tendo em vista a responsabilidade e a postura mais ativa do Estado-juiz nesse tipo de sistema, exigindo condições e material humano de qualidade para o Poder Judiciário.⁶⁵

Com efeito, mais importante do que a redação dos textos é a construção das normas, pois estão nas mãos do Poder Judiciário as possibilidades de “vivificar” o ordenamento, para, assim, torná-lo plenamente concreto e real.⁶⁶

77

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Ajuris*, 45/7.

ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 815, p. 11-31, set. 2003.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Cláusulas gerais e proteção da pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 287-295.

⁶⁵ MAZZEI, 2005, p. CIX.

⁶⁶ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Cláusulas gerais e proteção da pessoa*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 289.

Raquel de Moraes Laudanna

APORÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do sistema. In: LOTUFO, Renan. *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento jurídico*. São Paulo: Manole, 2006. p. 1-31.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do Código Civil de 2002 – A função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 831, ano 94, p. 59-79, jan. 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2001.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANCO MONTORO, André. *Introdução à ciência do direito*. 21. ed. São Paulo: RT, 1993.

78

GOES, Gisele Santos Fernandes. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan. *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento jurídico*. São Paulo: Manole, 2006. p. 73-107.

GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, jan./mar. 2000.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 282-288.

HENTZ, André Soares. *Ética nas relações contratuais à luz do Código Civil de 2002: as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

JORGE JR., Alberto Gosson. *Subsídios para uma interpretação das cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo, 2003, Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, ano 81, v. 680, p. 47-58, jun. 1992.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 45-80, jan./jun. 2012

Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

- MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Org.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002.
- NERY, Rosa Maria. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: RT, 2002.
- PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 145-173.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 10, abr./jun. 2002.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Data de recebimento: 3/5/2011

Data de aprovação: 5/9/2012

EL PRINCIPIO DE MORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL ACTUAL

O PRINCÍPIO DA MORALIDADE NO PROCESSO CIVIL ATUAL

*Fernando Adrian Heñin**

RESUMEN

Dentro de los ejes de la garantía del debido proceso encontramos el dictado de una sentencia que llegue en tiempo oportuno, que sea justa y que a su vez pueda hacerse efectiva, como también que las falencias sobre tales puntos son los principales reclamos de la sociedad hacia el Servicio de Justicia. Para lograr aquéllos propósitos uno de los principios que deben respetarse es, sin lugar a dudas, el de moralidad en el proceso civil, caso contrario muy difícilmente se puedan conseguir los mismos. Es decir, como conclusión preeliminar, un obrar contrario a dicho principio incidirá en alguno de los tres grandes problemas del proceso actual – o muy seguramente en todos a la vez.

Palabras clave: Moralidad; Celeridad; Justicia; Debido proceso legal; Efectividad.

RESUMO

Dentro dos eixos da garantía do debido processo encontramos o mandamento de uma sentença que seja dada em tempo oportuno, que seja justa e que, ao mesmo tempo, possa ser efetiva, como também que as falhas sobre tais pontos são as principais reclamações da sociedade frente ao Judiciário. Para obter aqueles propósitos, um dos princípios que devem ser respeitados é, sem dúvida, o da moralidade no processo civil, caso contrário, muito difícilmente se poderão conseguir os mesmos. Isto é,

* Profesor adjunto regular, Universidad Nacional del Nordeste (UNNE) y de posgrado. Secretario letrado del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco. Especialista en derecho procesal de la Universidad Nacional de Santa Fe. Miembro fundador, ex presidente de la comisión de jóvenes y ex vocal suplente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Ex juez civil y comercial de corrientes. Autor del libro *Modernos institutos procesales* (prólogo del Profesor Jorge W. Peyrano), de 2 obras en coautoría, 10 obras colectivas y más de 40 artículos en la materia. Miembro del Ateneo de Estudios Procesales de Rosario y miembro fundador del Ateneo de Estudios Procesales del Chaco. Jurado en concursos judiciales y docentes. Conferencista, e-mail: fernandohenin@gmail.com.

Fernando Adrian Heñin

como conclusão preliminar, uma ação contrária a tal princípio incidirá em algum dos três grandes problemas do processo atual – ou muito seguramente em todos ao mesmo tempo.

Palavras-chave: Moralidade; Processo civil; Celeridade; Justiça; Devido processo legal; Efetividade.

INTRODUCCIÓN

Dentro de los ejes de la garantía del debido proceso encontramos el dictado de una sentencia que llegue en tiempo oportuno, que sea justa y que a su vez pueda hacerse efectiva, como también que las falencias sobre tales puntos son los principales reclamos de la sociedad hacia el Servicio de Justicia. Para lograr aquéllos propósitos uno de los principios que deben respetarse es, sin lugar a dudas, el de moralidad en el proceso civil, caso contrario muy difícilmente se puedan conseguir los mismos. Es decir, como conclusión preliminar, un obrar contrario a dicho principio incidirá en alguno de los tres grandes problemas del proceso actual – o muy seguramente en todos a la vez.

8

Sin dudas que estamos en presencia de un deber por el interés en la paz social perseguido por el proceso civil moderno (fin mediato del mismo) al ejercer el Estado el monopolio de la administración de justicia. Si, por el contrario, se autorizase que la dilucidación de los conflictos entre particulares sea efectuada por normas prescindentes del tinte moral, se estaría dejando al total y absoluto arbitrio de los particulares la forma de presentar no solamente el conflicto sino su solución al órgano jurisdiccional; es decir se estaría violentando el principio de autoridad del Estado, ya que este no podría cumplir con el propósito constitucional de *afianzar la justicia* dando repuesta a los conflictos judiciales, sino en la forma en que fueran que los particulares quisiesen, otorgándose la posibilidad de que triunfe el más hábil y malicioso y no quien abraza la razón.

Un clásico concepto de este principio lo ha dado Clemente Díaz al decir que es el conjunto de reglas de conducta presididas por el imperativo ético a que deben ajustar su comportamiento todos los sujetos procesales. La buena fe, lealtad, veracidad y probidad son predicados que se involucran en el principio de moralidad; inclusive son concreciones positivas de la legislación en materia de moralización del proceso.¹

En este trabajo pretendemos desarrollar la problemática actual de este deber, evitando por razones de orden y economía, referimos a los temas puntualmente asignados a otros Ateneístas, tales como “*La proscripción del Abuso Procesal*”, el recurso “*ad infinitum*” y el “*Clare loqui*”.

¹ DIAZ, Clemente. *Instituciones de derecho procesal civil*, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1968, Tomo I, p. 264 y ss.

El principio de moralidad en el proceso civil actual

Otra cuestión esencial a tener en cuenta es que las violaciones al citado deber pueden provenir tanto de las partes o sus letrados – único deber que las mismas tienen *stricto sensu* – como también del órgano jurisdiccional y de los demás auxiliares de la justicia (testigos, peritos, intérpretes, oficiales de justicia, demás funcionarios y empleados, etc.).

Además creemos debe otorgársele al precitado principio en estos momentos una importancia mucho mayor que a la de costumbre, derivada de que la crisis moral que atraviesa nuestra sociedad y cada día que se agudiza aún más y que se concretiza en la anomia existente. Ello determina, por una parte, el estar más despiertos ante la posibilidad de conductas deshonestas – antes tal vez eran la excepción-, como asimismo que el proceso judicial no puede quedarse de brazos cruzados ante casos donde se advierta la verificación de tales conductas indebidas, sino que debe sancionarlas de las maneras que corresponde. Además, si normalmente decimos que las sentencias tienen también una función docente, ¿cómo soslayar el incumplimiento de las reglas morales en el último camino que le queda al justiciable para lograr la satisfacción de sus pretensiones? En último término el *improbus litigator* tiene que saber que el obrar incorrecto a la larga es un mal negocio.

En estas líneas nos referiremos en forma indistinta al principio y al deber de moralidad, ya que se trata de un concepto que reúne ambos caracteres. Es *principio* ya que, a nuestro juicio, sin su presencia no podemos hablar de debido proceso – no podemos pensar en una alternativa contraria o una opción bifronte como lo sería el de inmoralidad, en cuyo caso estaríamos en presencia de un sistema procesal o bien de una máxima procesal. Y es deber, ya que su cumplimiento resulta exigible aún forzosamente, es decir que los justiciables – y de los integrantes del Tribunal – no gozan de la libertad para optar entre cumplir o incumplir dichos imperativos; el cumplimiento de ellos es imperioso e ineludible,² caso contrario devendrán sanciones.

Finalmente cabe destacar que la doctrina más calificada ha advertido las dificultades en encontrar el límite preciso en el deber de moralidad, constituyendo para algunos la principal preocupación.³ Es que se encuentran en juego por un lado la garantía constitucional de afianzar la justicia y del otro la visión del sistema dispositivo, por lo que intentaremos dar respuesta a algunas cuestiones que emanan del mismo.

Por último no podemos olvidar que tanto los mecanismos procesales como las personas encargadas de utilizarlos en forma eficiente, tienen que estar desti-

² E. DE MIDÓN, Gladis; MIDON, Marcelo. *Manual de derecho procesal civil*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 151.

³ GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo. *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 21.

Fernando Adrian Heñin

nados no solamente a sancionar los actos consumados, sino antes deben intentar prevenir los mismos.

LOS DEBERES MORALES DEL ABOGADO Y/O JUSTICIALE

Si se le exige al juez no solamente que en todos los casos dicte sentencia, sino también que esa sentencia deba ser justa o lo más justa posible, empresa que de por sí no es sencilla, no podemos sustraer a las partes de facilitar o al menos no dificultar aún más tal tarea, mediante un actuar contrario a la probidad, lealtad y buena fe.

Con acierto se dice que dentro del postulado de moralidad se encuentran a) el deber de utilizar el proceso para la satisfacción de intereses lícitos, b) el de colaboración en la marcha del proceso y c) el de información correcta y plena.⁴ Como contrapartida, si el proceso es simulado o fraudulento, si las partes actúan con temeridad o malicia, o si se acolchonan en la negativa o la pasividad, se estarían violando tales postulados. Dentro de ello nos interesa particularmente desarrollar los siguientes problemas:

1) El deber de la partes de decir verdad en el proceso

10

Ya en los precedentes bíblicos se encuentra la consagración del deber de veracidad: “No levantéis falso testimonio” (Éxodo 20, 16); “No mintáis y que nadie engañe a su prójimo” (Levítico 19, 11); “Absteneos de asuntos falsos” (Éxodo 23, 7).⁵ Dice el maestro Morello, citando a Buzaid que “... por tradición inmemorial en la Historia se impuso a los hombres el decir la verdad como una obligación y siempre se condenó a la mentira como una manifestación torpe. No se trata de un deber moral destituido de sanción. Es un imperativo legal, que atiende a la condición de la propia existencia de los hombres en sociedad. Por eso figura en la legislación de los pueblos civilizados”.⁶

Maurino alerta sobre la prudencia en evaluar si ha operado la violación al deber de veracidad en los procesos civiles dominados por el principio dispositivo – para nosotros sistema ya que se puede optar por otro como el inquisitivo e igual existe debido proceso constitucional –, pues en tal caso la facultad de las partes para disponer de sus derechos se antepone al deber de veracidad.⁷ Estamos en desacuerdo con tal postura ya que, como bien lo ha señalado Fürno, el principio dispositivo, en su quintaesencia, significa principio de responsabilidad (o de auto

⁴ E. DE MIDÓN; MIDON, 2008, p. 146.

⁵ GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo, 2002, p. 212.

⁶ MORELLO, Augusto M., en su Prólogo a la obra de GOZAÍNI, Osvaldo A., *La conducta en el proceso*, Ed. Platense, La Plata, 1988, p. 17.

⁷ MAURINO, Alberto L. *Abuso del derecho en el proceso*, La Ley, Bs. As., 2001, p. 22.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012

El principio de moralidad en el proceso civil actual

responsabilidad) de las partes, en el sentido de que cada una de ellas ha de sufrir las consecuencias de lo que afirme o no, de lo que niegue o admita, de lo que pruebe o no pruebe, de lo que diga o de lo que calle, en resumen: de su conducta procesal.⁸ Por ello el dispositivo no es un obstáculo al deber de veracidad con que deben actuar las partes en el proceso, sino otro fundamento más que determina su cumplimiento.

En relación a este deber, a mi entender no existen obstáculos constitucionales para que incluso las partes lo cumplan, ya que la garantía del art. 18 – no declarar contra sí mismo – no autoriza de ninguna manera la posibilidad de mentir en el proceso civil, siquiera por parte del justiciable. Así modernamente Carbajal ha dicho que ni el artículo 18 de la Constitución, ni la 6º Enmienda de la Carta Norteamericana, consagran la garantía de mentir ante los tribunales de justicia para defenderse, solo la concreta posibilidad de abstenerse de declarar sin que ello implique presunción en contra.⁹

A su turno Falcón dice que “Una de las cuestiones que confunde en el mundo de las posiciones es el llamado compulsivo, especialmente cuando el resultado de la incomparecencia es decididamente negativo para el que no concurre. Es que en estos casos la confusión proviene de dos cuestiones ...y segundo, confundirlo con el juramento que prestan los testigos y que naturalmente está vedado en materia penal por el principio de que nadie puede ser compelido a *declarar contra sí mismo* (art. 18, Const. Nac.).¹⁰

11

⁸ FÜRNO, Carlo. *Teoría de la prueba legal*, trad. de Sergio González Calderón (Madrid, 1954), Ed. Revista de Derecho Privado, p. 75-76.

⁹ CARBAJAL, Fernando. *La absolución de posiciones y el artículo 18 de la C.N.*, El Dial. Com, Suplemento de Derecho Procesal – Doctrina, 11 de octubre de 2006. Agrega este autor que en rigor la garantía constitucional presupone que quien declara ante un tribunal de justicia esta obligado a decir la verdad. En una sociedad regida por normas morales la verdad es un valor insoslayable, y la palabra el medio por el cual esa verdad se exterioriza. Para abortar el dilema ético que implica poner a un ciudadano ante la opción de decir una verdad que lo perjudicará, la constitución americana creó la facultad de abstención. En el ámbito del proceso civil es el carácter coactivo de la confesional, la obligación de la parte de declarar, sin otorgarle la facultad de abstenerse, lo que convierte en inconstitucional el régimen de absolución, sin que resulte constitucionalmente exigible consagrar el derecho a mentir. Por ello la redacción del artículo 404 del C.P.C.C. que establece que la absolución de posiciones debe ser prestada bajo juramento o promesa de decir verdad, en si mismo, no me merece reproche constitucional; por lo menos no por lo que dice, aunque sí por lo que omite: el expreso reconocimiento que el absolvente puede abstenerse de declarar sin que ello implique reconocimiento de los hechos, por cuanto tal coacción lo obliga a declarar contra sí, y ello viola – clara e indubitadamente – la garantía del artículo 18 de la Carta Magna Nacional.

¹⁰ FALCON, Enrique M. *Declaración de parte, confesión y juramento, Tratado de derecho procesal civil y comercial*, Rubinzal-Culzoni, 2006, t. III, p. 105-106). Dicho autor en la nota al pie n. 60, citando a CHIAPPINI, Julio, en *La regla “nadie está obligado a declarar... y la absolución de posiciones*, en J.A. 1999-III-603, señala doctrina y jurisprudencia que se sintetiza en la siguiente: “El principio constitucional según el cual nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo sólo funciona en el proceso penal, sin que la absolución de posiciones en el proceso

Fernando Adrian Heñin

Párrafo aparte merece la disquisición que realiza Couture respecto a que en realidad el deber es de probidad, dando como ejemplo el cónyuge que prefiere no demandar el divorcio por adulterio sino acudir a otra causa leve que autorice la disolución del vínculo – por ejemplo incompatibilidad de caracteres – sin poner en la quiebra del hogar y el provenir de los hijos esa nota de amargura y angustia. Ello lo lleva a concluir que en realidad se trata de un deber de probidad y lealtad en el juicio.¹¹

De las citas efectuadas surgen al menos dos cuestiones relacionadas con la declaración que presta el justiciable en el proceso y sus consecuencias: la posibilidad – o no – que tiene de mentir, y los efectos de la mentira, las respuestas evasivas y la abstención de declarar.

A) La posibilidad de mentir en el proceso

Bien resaltan Morello, Sosa y Berizonce que la lucha entre las partes en el proceso debe estar guiada por la verdad,¹² luego de lo cual se interrogan acerca de si las partes tienen la obligación de decir verdad en el juicio, respondiendo afirmativamente, no obstante reconocer que no siempre la mentira o la falsedad afloran directamente o son de fácil comprobación, ya que existen grados o matices.¹³ Jorge Peyrano también está de acuerdo con tal postura al decir que no cabe duda de que el acatamiento del deber de veracidad es imperativo para todos los sujetos del proceso, no estando eximidos los profesionales intervinientes por los pleitistas.¹⁴

Claro que esta opinión no fue totalmente pacífica, ya que existieron posturas que entendían que un deber de esta naturaleza era en cierto sentido hasta inconveniente para los fines políticos del proceso,¹⁵ como también que debe

12

civil concluya el referido principio' (CCCom. de Rosario, sala 1ª, 10-11-97) ... Explica Néstor P. Sagüés: 'Aunque sea hartamente opinable, la Corte ha restringido esta garantía al ámbito penal y, por tanto, no impide en la esfera civil que se intime al demandado a formular las manifestaciones pertinentes, según las circunstancias del juicio (<<Goyena>>, Fallos, 312:238 o J.A. 1989-II-430), como por ejemplo ser citado a absolver posiciones'" (conf. aut., ob. y p. cit.).

¹¹ COUTURE, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2003, t. III, p. 169.

¹² MORELLO-SOSA-BERIZONCE. *Códigos Procesales*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, t. I, p. 657, señalado que: "Aunque es indudable que el proceso constituye una lucha entre partes, no ha de perderse de vista que en definitiva persigue la aplicación del derecho, su actuación en el caso concreto; en tal sentido se admitirá que esa lucha tiene que ser leal y guiada por la verdad, tanto en cuanto al fondo o al derecho pretendido como a la forma de llevarlo adelante."

¹³ Conf. auts. cit. en nota anterior quienes expresan que: COUTURE se ha detenido en estos interrogantes y los ha contestado con claridad magistral, concluyendo por admitir la existencia de ese *debe jurídico*... (cit. a COUTURE, Eduardo. *El deber de las partes de decir la verdad*, en *Estudios de derecho procesal civil*, 2. ed., Bs. As., 1978, v. III, p. 235 y sgtes.

¹⁴ PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil, principios y fundamentos*, Astrea, Bs. As., 1978, p. 238.

¹⁵ KOHLER, *Prozess als Rechtsverhältnis*, 1888, p. 46 y otros autores, cit. en COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2003, t. III, p. 163, nota 11.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012

El principio de moralidad en el proceso civil actual

conservarse a las partes el derecho de exponer las cosas del modo que parezca más útil al fin de su defensa,¹⁶ las cuales se señalan a modo ilustrativo.

Por nuestra parte estamos totalmente de acuerdo con aquéllas primeras posturas en el sentido que la mentira no puede ser tolerada en el proceso, ni siquiera bajo la justificación de que es la parte quien incurre en ella y el “derecho” a no declarar contra sí misma. Si asume prestar declaración, debe ser para colaborar en el proceso dando su versión de los hechos, la cual puede no coincidir con la verdad luego reconstruida, pero de ninguna manera admitirse una mentira grosera sin graves consecuencias desfavorables y sanciones.

Así no puede tolerarse, por ejemplo, que la parte al contestar la demanda o al absolver posiciones exprese que nunca el automotor fue de su propiedad y del informe del registro del automotor surja lo contrario. Cosa distinta es expresar un parecer diferente con la mecánica de un accidente de tránsito entre dos rodados, en la medida que sea razonable entender que es el producto de su genuina buena fe – creencia.

B) Las consecuencias de la violación del deber de decir verdad

Descartado el perjurio – esto es que pierda automáticamente el pleito quien ha violado el compromiso de decir verdad – por las múltiples desventajas que posee entre las que se destacan que la litis podría no resolverse según lo alegado y probado sino ineluctablemente en contra del perjurio, por lo que la contraparte puede dolosamente intentar el perjurio de la contraria para vencer en el juicio,¹⁷ existen varias consecuencias para el obrar mendaz como se verá al abordar las sanciones al deber de moralidad, todas las cuales son aplicables a la mentira comprobada de las partes. Adelantamos nuestra opinión en el sentido que deben existir sanciones, ya que de nada vale que el legislador imponga tal deber si no establece el castigo para quien lo infrinja.¹⁸

Ahora bien, ¿podría incorporarse a la normativa penal la violación del deber de decir verdad de la parte, tal como está prevista en el art. 275 del Código Penal para los testigos? Mi respuesta es afirmativa, ya que no puede distraer a la administración de justicia en desentrañar si es cierto o no lo que dice la parte, que luego resulta ser una gran falacia incuestionable e inopinable. Creo que es la forma de compatibilizar la inexistencia del perjurio por los motivos anterior-

¹⁶ Conf. opinión oficial de la *Confederación Fascista de los Trabajadores de Establecimientos de Crédito y Seguro*, cit. en COUTURE, op. cit., p. 163.

¹⁷ PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil, principios y fundamentos*, Astrea, Bs. As., 1978, p. 244-246.

¹⁸ En ese sentido dice Goldsmidt que *La novela alemana de 1933*, es un cuchillo sin mango ni hoja (conf. COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2003, t. III, p. 163, nota 11.

Fernando Adrian Heñin

mente señalados, con las gravísimas consecuencias que debe tener una grosera mentira en el proceso, si es que consideramos que es una cosa seria.

C) La posibilidad de abstenerse de declarar

A la luz de la cláusula constitucional, puede la parte optar por no declarar si considera que ello lo puede afectar. Por un lado dice Carbajal que le merece reproche la norma del art. 417 del CPCCN en cuanto consagra que la negativa a contestar una pregunta autoriza al juez a tenerlo por confeso, pues ello si resulta violatorio de la garantía del art. 18.¹⁹

No estoy de acuerdo con tal postura, ya que si la propia Corte delimitó la aplicación de esta norma al proceso penal, tal abstención sin consecuencias solamente puede ser aplicada en dicho orden. Creo que en el proceso civil los postulados de colaboración, solidaridad y de información correcta y plena le imponen el deber de declarar y si la parte opta por no hacerlo, si bien no puede ser compelida por medios tortuosos como por ejemplo el “suero de la verdad” – ya que sería un caso de prueba ilícita –, debe tener consecuencias desfavorables como las que están previstas actualmente en la normativa ritual – esto es la ficta confessio y la valoración judicial de su conducta procesal.

14

Si creo, a diferencia de lo expresado respecto del deber de decir verdad, que en esta hipótesis el absolvente no puede ser sometido a consecuencias penales como las podría tener el testigo renuente, ya que está siendo sujeto de pruebas y por lo tanto puede optar voluntariamente por no declarar, sin perjuicio de los otros efectos procesales antedichos.

D) Las respuestas evasivas

También señala Carbajal que en el marco de moralidad que debe presidir los actos de los ciudadanos, la respuesta evasiva falta a ese deber, y autoriza al sistema a tenerlo por confeso, sin que resulte de modo alguno afectada la garantía constitucional, la cual se satisface suficientemente con la facultad de abstención. Agrega que no resulta violatoria de la Constitución la sanción del art. 419 y ello así pues del mismo modo que es moralmente exigible, y debería serlo jurídicamente, que quien renuncia a la facultad de abstenerse debe declarar bajo juramento, existe un deber jurídico y moral de actuar lealmente, y el orden jurídico no tiene porque aceptar maniobras como las descritas por el art. 419 del C.P.C.C.²⁰

¹⁹ CARBAJAL, Fernando, trabajo citado, quien agrega que a su entender el absolvente tiene la facultad de abstenerse de declarar o de hacerlo, en forma general o respecto a cada una de las posiciones puntuales, por lo cual aún cuando el absolvente formulara la opción de declarar, debería consagrarse la facultad de no contestar cuando entiende que una posición puede perjudicarlo.

²⁰ CARBAJAL, Fernando, trabajo citado.

El principio de moralidad en el proceso civil actual

Coincido con tal opinión, agregando que en el caso de respuestas evasivas las consecuencias penales también deberían existir en los casos claramente comprobados, como por ejemplo quien responde de ese modo acerca de la propiedad del rodado, pese a que le consta y luego se prueba que el mismo fue y es de su propiedad.

E) Aplicación a los diferentes actos del proceso

Todas las pautas referidas anteriormente se extienden a la actuación del justiciable a lo largo de todo el proceso, es decir desde los escritos constitutivos, sus respuestas dadas en audiencia – tanto la vieja absolción de posiciones como la moderna declaración de parte – como alegatorios e impugnaticios, por lo que las consecuencias en cada caso serán las que proponemos como aplicables a cada tipo de violación.

Es que en definitiva si ante la falsedad de una declaración jurada de bienes ante la AFIP (mentira), la no presentación de la misma (abstención), o la presentación incompleta (respuestas evasivas), el contribuyente tiene sanciones incluso penales, ¿porqué razones en un proceso civil no puede ser condenado por incurrir en las tres conductas similares?

2) El incumplimiento del juramento de manifestación

puede suceder que la parte no logre encontrar bienes ejecutables, entonces se plantea el interrogante acerca de qué hacer en tales casos. Dice Gómez Alonso que una de las soluciones posibles es el *juramento de manifestación* regulado en el parágrafo 807 de la Z.P.O., que consiste en que el deudor, a petición del acreedor, sea obligado a presentar un inventario de sus bienes y a indicar los títulos de crédito que tuviere y las pruebas de ellos, prestando el juramento de manifestación en esos términos, agregando que no se trata de una norma imperfecta, pues su ausencia de prestación o su trasgresión lleva aparejada consecuencias penales.²¹

Agrega Jorge Peyrano que la institución reseñada no es una panacea y seguramente, también en Alemania existirán deudores inescrupulosos a la hora de jurar falsamente en miras a conservar su aparente estado de insolvencia. De todos modos alguna base representa. Por lo menos, agregará una dosis de intranquilidad al ánimo de los deudores remisos y trapaceros.²²

Creemos que es otra buena solución, máxime que si en el momento inicial del embargo se solicita tal manifestación, una respuesta negativa por parte del

²¹ GÓMEZ ALONSO, Julio. *Sanciones conminatorias o compulsorias en la reforma procesal civil española*, JA, Boletín del 30/01/1991, p. 12.

²² PEYRANO, Jorge W. *Procedimiento civil y comercial 1, conflictos procesales*, Iuris, Rosario, 2002, p. 11-12.

Fernando Adrian Heñin

ejecutado permitirá otorgar sin más una inhibición general de bienes para luego seguir buscando otros bienes que pueda tener el demandado. Ello sin más es una solución importante en algunas jurisdicciones o tribunales que ponen muchas trabas y agotamiento de innumerable cantidad de informaciones negativas respecto del patrimonio del deudor antes de conceder la citada inhibición. Además se trata de que el ejecutado ponga de manifiesto su solvencia para el caso que prospere la ejecución y haya de pasarse al cumplimiento de la sentencia, ahorrando tanto al ejecutante como al Tribunal largos y costosos trámites de pesquisa de bienes, así como embargos y subastas sucesivas de bienes insuficientes para cubrir la deuda.

Por otra parte se pueden establecer multas de porcentajes importantes a quien no obstante haber declarado no tener bienes, se acredita lo contrario, o bien conminaciones económicas o personales como lo prevé el art. 320 del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y el art. 531 del Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación elaborado por los Dres. Morello, Arazi, Eisner y Kaminker.²³

3) El no sometimiento a la extracción de material genético en los procesos donde se debate la identidad de las personas

16

es una falta de colaboración muy grave que actualmente tiene una expresa consecuencia jurídica, cual es la establecida por el art. 4 de la Ley de Bancos de Datos Genéticos n. 23.551 que establece el indicio contrario a quien se oponga a realizarse dichos análisis,²⁴ calificándolo muy autorizada doctrina como un caso de *indicio vehemente*²⁵ y otros autores como *presunción monobásica*.²⁶

No obstante tal precepto legal antes de ahora nos habíamos pronunciado en forma reiterada estimando que existe una solución que se acerca más a la verdad, cual es la posibilidad de ordenar la extracción compulsiva de material genético²⁷

²³ Dice el citado artículo que al dictarse sentencia monitoria, el juez “Además intimará a ejecutado para que dentro del quinto día manifieste al Tribunal la existencia en su patrimonio de bienes liquidables en cantidad y calidad suficientes para responder a las resultas del crédito reclamado, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, retención o falsedad total o parcial, de aplicársele una multa del treinta por ciento del crédito, a beneficio del ejecutante o aplicársele sanciones conminatorias, en los términos del artículo 37 de este Código, a elección del acreedor”.

²⁴ Reza dicha norma en su parte pertinente que: “La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente”.

²⁵ PEYRANO, Jorge W. El indicio vehemente, L.L., t. 190, p. 659 y sgtes.

²⁶ KIELMANOVICH, Jorge L. Valor probatorio de la conducta procesal de las partes, Libro de Ponencias del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, t. I, p. 314.

²⁷ HEÑIN, Fernando A. Valoración judicial de la conducta procesal, en *Tratado de la prueba*, Dir. por MIDÓN, Marcelo S. Librería de la Paz, Resistencia, 2007, p. 273/278; HEÑIN, Fernando A. *La necesidad de realizar la extracción compulsiva de sangre en los procesos de filiación*, Doctrina Judicial, La Ley, año XXI, n. 51, del 20/12/06, p. 1147-1149; HEÑIN, Fernando A. La necesidad

El principio de moralidad en el proceso civil actual

– al cual se lo asocia a la sangre, pero puede tratarse también de muestras de saliva, sudor, lágrimas, semen, cabello u otro tejido humano –²⁸ a la persona que se niegue a realizarse ese análisis.²⁹

Tal postura no es pacífica, existiendo opiniones opuestas, es decir que no aceptan dicho examen compulsivo.³⁰ Los fundamentos que sustentan nuestra postura son muchos y se pueden sintetizar en los siguientes: **A)** el altísimo grado de probabilidad que arrojan las pericias biológicas – en ocasiones inmediato a la certeza absoluta, las cuales hoy, aquí y ahora son la “*probatio probatissima*”;³¹ **B)** dicha cuasi certeza hace que deba prevalecer tal solución por sobre las bondades del indicio vehemente resultante de la negativa a someterse voluntariamente a la misma; **C)** que en un proceso en donde está en juego un derecho personalísimo como lo es la identidad de un ser humano, no pueden existir motivos para denegar la producción de esta prueba; **D)** que actualmente la misma se puede practicar por otros medios diferentes (y menos dolorosos, si se quiere de alguna manera), que la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre; **E)** que la medida supera el test de razonabilidad ya que: **a)** Es idónea para la verificación de los hechos en ese proceso donde está presente el orden público; **b)** Es necesaria por la certeza a la que se arriba en la actualidad con estas periciales; y **c)** No puede ser calificada de desproporcionada, desde que produce más ventajas que desventajas al interés general, a los intereses estadales y a los intereses individuales involucrados.³²

17

de modificar la legislación por los avances de la ciencia: el caso de las pericias biológicas en los procesos de filiación, *Revista de Proceso, RePro* 168, año 34, Revista dos Tribunais, del IBDP, San Pablo, 2009, p. 191-200; HEÑIN, Fernando A. *Las pruebas biogenéticas y el indicio resultante de la negativa a someterse al examen. verdad versus ficción.*, J.S., Ed. Jurídica Panamericana, Santa Fe, n. 67, p. 14, entre otros.

²⁸ MIDÓN, Marcelo S. *Pericias biológicas – Enigmas que se le plantean al hombre de derecho*, Ed. Jurídicas Cuyo, 2005, p. 32-33.

²⁹ GROSMAN, Cecilia; ARIANNA, Carlos. Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial, L.L., 1992-B-1193; en igual sentido MOISSET DE ESPANES, Luis. Negativa a someterse a la prueba de grupos sanguíneos, JA, 24-1974-270; MENDEZ COSTA, María J. Sobre la negativa a someterse a la prueba hematológica y sobre la responsabilidad del progenitor extramatrimonial no reconociente, LL, 1989-E-589; en Jurisprudencia dictamen del Asesor de Menores en Cámara Nacional Civil, Sala M, 08/06/93, “N., I.A. c/ M., O”, cit. en LL, 1994-A-77; fallo del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial Nº 9 de San Isidro del 29/03/1988 in re: “E., N. C/ G., F.C.N.”, ED t. 128-333.

³⁰ ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, Ed. La Rocca, 1998, p. 129, BIDART CAMPOS, Germán, Medios probatorios que requieren prestar el cuerpo propio, comentando el fallo de la C.N.Civ., Sala F, 24/08/92, ED, diario del 02/03/1993; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Aspectos jurídicos del genoma humano, ED, 153-943, entre algunos de los más renombrados dentro de este sector.

³¹ MIDÓN, Marcelo S. *Pericias biológicas – Enigmas que se le plantean al hombre de derecho*, Ed. Jurídicas Cuyo, 2005, p. 32-33.

³² CAYUSO, Susana G. La prueba compulsiva de sangre y los derechos y garantías constitucionales. Confrontación o armonía, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional del 10/11/2003.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012

Fernando Adrian Heñin

Los mismos están complementados con los vertidos en el voto del Dr. Pettigiani como Juez de la Suprema Corte de Buenos Aires, en sentencia emitida el año pasado, a los que me remito en honor a la brevedad.³³ Finalmente cabe destacar que a fines del 2009 la Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó la misma postura, limitada al secuestro de otra materia genética que no sea sangre.³⁴ Consecuentemente ante la violación al deber moral de colaboración en someterse a las pericias genéticas para determinar la paternidad del presunto padre, creemos que la solución debe ser ordenar la extracción compulsiva de material genético del demandado.

En definitiva, en el proceso civil no puede regir la regla “*proba vos – contraparte – que tienes razón en tu reclamo, si puedes, yo mientras tanto me quedo de brazos cruzados, y si no lo logras, deberé ser absuelto*”, sino que deben regir entre las partes los postulados de colaboración, solidaridad e información correcta y plena.

4) La obligación de aportar la documental en su poder

18 actualmente el CPCCN establece en su artículo 388 que en caso que si la parte contraria se negase a presentar los documentos que se encontraren en su poder y resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, tal negativa constituirá una presunción en su contra. Es decir que en estos supuestos la oferente de la prueba tiene que demostrar la manifiesta verosimilitud de la existencia y contenido del documento para llegar a tener solamente una presunción en su contra. Pero a su vez, el inciso 4to del artículo 326 autoriza como prueba anticipada la exhibición, resguardo o secuestro de documentos.

Es decir que si bien a través de la modalidad excepcional de producción de la prueba – esto es, anticipadamente – se puede lograr la certeza en virtud de las medidas exhibición, resguardo y secuestro de los documentos; si la parte no hace uso de esta posibilidad, por ejemplo, por no darse una hipótesis de que la agregación de la instrumental en el estadio normal resulte imposible o dificultosa, al producirla, luego y ante la negativa de su contraria, solamente podrá lograr una presunción favorable, cumplido los citados recaudos tasados por el legislador.

Esta situación me convence que debe modificarse la norma procesal, estableciéndose que en todos los casos – anticipadamente o en la etapa probatoria – el oferente pueda lograr arrimar al proceso la documentación que se halle en poder de la contraparte, incluso mediante su secuestro ante la negativa de ésta última. De este modo se cumple con el postulado de *afianzar la justicia* en ambos su-

³³ S.C.B.A., Causa C. 85.363, “F., S. B. contra G., G. D. s/ Filiación”, del 27 de agosto de 2008.

³⁴ C.S.J.N. in re “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años”, Fallo G. 291. XLIII, del 11-08-2009.

El principio de moralidad en el proceso civil actual

puestos, caso contrario de una manera se arriba a la convicción mediante ficción o indirecta, y en la hipótesis excepcional vía presuncional o directa.

LOS DEBERES MORALES DEL TRIBUNAL

Introducción

Si bien lo primero que se nos viene a la mente cuando hablamos de deber de moralidad es el comportamiento de los justiciables y sus letrados, seguramente porque ellos tienen un interés egoísta en el desenlace del pleito y por lo tanto podrían ser más proclives a incurrir en esas infracciones, a más de que, felizmente, seguimos confiando en el actuar probo de los órganos jurisdiccionales y en las personas que allí desempeñan funciones, también estos sujetos procesales son susceptibles de violar tales postulados. Al comienzo del trabajo decíamos que dentro de los ejes de la garantía del debido proceso encontramos la necesidad del dictado de una sentencia en tiempo oportuno, que sea justa y que a su vez pueda hacerse efectiva, por lo que cuando el tribunal en forma consciente evita de uno u otro modo el cumplimiento de tales garantías para el justiciable, estaremos en presencia de tales violaciones.

Algunos supuestos en que podrían incurrir en violación a los deberes de lealtad, probidad y buena fe

19

Pueden ser varios y afectar cualquiera de los tres puntos desarrollados anteriormente. Dentro de ellos se pueden destacar:

Comportamientos que evitan el dictado de una sentencia en tiempo oportuno.

Las dilaciones que el Tribunal puede ocasionar durante el trámite son múltiples y hasta incontables, aquí pretendemos especificar algunas directamente relacionadas con la etapa inmediatamente previa a resolver.

- a) El postergar sin fundamento alguno el llamamiento de autos para sentencia

Para los supuestos en que el Juez o Tribunal advierta que por recargo de tareas u otra razón atendible no podrá dictar sentencia en el plazo legal, el 1er párrafo del art. 167 del CPCCN y los que siguen su línea autoriza a que le haga saber tal circunstancia a su Tribunal de Alzada para que le conceda prórroga o bien determine qué otro Tribunal del mismo fuero lo deba hacer.

No obstante ello, en algunos casos el Juzgado evita en varias oportunidades llamar autos para sentencia, con diferentes providencias que decreta en forma escalonada ante cada pedido reiteratorio. Así ante el primer pedido – a más de la

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012

Fernando Adrian Heñin

falta de llamamiento oficioso claro está –, puede comenzar con un “oportuna-mente”, al segundo escrito con un “téngase presente”, posteriormente una orden de recarautulación, luego una innecesaria medida para mejor proveer, y por último una providencia seriada que le dice al justiciable que cuando según el número de causas ya pendientes de resolver lo permita, recién procederá a llamar autos en ese expediente. Eso es ni más ni menos que denegación – al menos momentánea – de justicia, ya que, con el atraso en el trámite que tienen dichos tribunales, esa serie de providencias retarda hasta un (1) año el dictado de la sentencia de mérito.

b) Las interrupciones al llamamiento de autos para sentencia

Esta praxis puede ser más conocida en las diferentes jurisdicciones territoriales. Es que las llamadas “medidas para mejor proveer” decretadas pocos días antes del vencimiento del plazo para dictar el fallo al único fin de suspenderlo, constituyen otro caso de denegatoria temporaria de justicia por violación al deber de moralidad.³⁵ Se produce cuando el tribunal sabe que no es necesaria ninguna prueba más y sin embargo, por ejemplo, pide una pericial parecida a la ya glosada en el expediente. Ello en vez de recurrir al mecanismo legal del art. 167.

c) Los excesos en los pedidos de prórroga

20

Si bien es legal, también debe ser condenada por infracción a los deberes de moralidad la práctica de un Juzgado que sistemáticamente y mediante listas ordenadas, realiza pedidos de prórroga de llamamientos de autos para sentencia a su Alzada con fundamento en el referido art. 167, e incluso reitera peticiones en los mismos expedientes. Tal infracción debe ser controlada por el tribunal concedente de dichas prórrogas, haciéndole saber al Juez que es la última vez que se va a otorgar tal petición. También podrían existir retardos más pequeños como lo son los expedientes que salen a despacho con la sentencia una o dos notificaciones después de la que deberían haber salido.

En los tres supuestos reseñados hay un justiciable que está esperando la decisión, el veredicto que ponga fin a la novela, y el Tribunal, sin otra causa que no poder o no querer sentenciar, manda el expediente a la pausa comercial.

³⁵ La instrucción probatoria oficiosa debe ejercerse durante el trámite de las pruebas, para la formación del material conocimiento, pero resulta tardía, retardatoria y por ende contraria al fin de la ley, cuando se lleva a cabo después del llamamiento de autos para sentencia (MORELLO-SOSA-BERIZONCE, *Códigos*, v. V-B, p. 555-556). Por tal razón el moderno Código General del Proceso uruguayo de 1988, establece que si el tribunal decreta tales medidas luego de concluida la audiencia de prueba, deberá dejar ‘expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso su diligenciamiento de oficio durante el trámite del proceso’ (art. 193.2)”, cit. en BERIZONCE, Roberto O. *El exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional*, Libro de Ponencias del XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, t. I, p. 851.

El principio de moralidad en el proceso civil actual

Conductas que puedan afectar el dictado de una sentencia justa

Pueden ser de diferente índole, tanto por desidia en impartir justicia de la mejor manera, como por interés en que el pleito se resuelva de determinado modo.

a) La renuncia consciente a la verdad

Si bien desde una visión meramente privatística del proceso, podríamos entender que la parte que no probó, en última instancia, es la que debe ser perjudicada mediante la aplicación de las reglas de distribución del onus probandi – tanto en su versión general, como en su excepcional constituida por la teoría de las cargas probatorias dinámicas-, esto no es aceptable en la visión actual, donde el juez es el director del proceso y por lo tanto, por los fines supra individuales y transpersonales que posee, no cualquier sentencia debe dictarse, sino la más justa posible, esto es la que reconstruya de la mejor manera la verdad de los hechos acaecidos para aplicarles el correcto encuadre legal.

Como consecuencia de lo anterior, cuando el juez sabiendo que puede llegar a la verdad con la producción de determinada prueba que, por omisión, negligencia desconocimiento técnico o cualquier otro motivo, las partes no la produjeron, viola el deber de moralidad, porque sabe que puede hacer justicia y sin embargo se acolchona en la actitud pasiva de resolver con ese material que – sabe – es insuficiente. Esa sentencia es pasible de tacha por renuncia consciente a la verdad.

Y en los casos en donde el orden público está en juego, el deber se acentúa aún más. Pensemos en un proceso de filiación donde por alguna razón no se produjo la prueba de histocompatibilidad genética que determina con una exactitud del 99,9997% si el demandado es o no el padre de su presunto hijo ¿Es tolerable en el actual estado de situación que no ordene oficiosamente la producción de tal prueba, incluso desde el inicio de la faz probatoria, si allí ya advierte que la misma no fue ofrecida? ¿Es aceptable hoy día un fallo en un proceso de este tipo dictado sin haberse producido tal prueba, pudiéndolo haber hecho? Creemos que no. Por ello – y por tratarse de un déficit decisorio tan palpable – los supuestos de renuncia consciente a la verdad deben ser fuertemente sancionados.

b) La no excusación o la oposición indebida a una recusación fundada

Uno de los pilares de la confianza en la justicia por parte de los operadores del sistema, es saber que las decisiones las va a tomar un juez independiente, imparcial e imparcial, cuyo único interés en el caso es dictar una sentencia lo más justa posible. Como consecuencia de ello, cuando el magistrado evita apartarse del expediente por tener un motivo extra para intervenir en el mismo – afinidad con alguna de las partes o recibido beneficios de importancia o con algún poder político, económico o de otro tipo interesado en el desenlace del pleito –, y a la vez se aprovecha de la dificultad del justiciable en demostrar la existencia de la causal, actúa decididamente de mala fe.

Fernando Adrian Heñin

Lo mismo podría pasar a la inversa, es decir cuando se desprende del expediente porque le “quema las manos”, en práctica que aunque también totalmente condenable por significar que no está preparado cumplir su función de juez, es menos grave para las partes y la sociedad porque en definitiva va a existir un Juez que sí esté a la altura de sus funciones.

En cambio en el primer caso, solamente le va a quedar al perjudicado los recursos contra las decisiones que tome ese juez no imparcial. Claro que si posteriormente se demuestra la existencia de ese motivo de apartamiento, el art. 32 del CPCCN debe ser aplicado y consecuentemente se deberá pedir la remoción de ese magistrado.

IMPORTANCIA ACTUAL – EL ESTANDAR DEL CORRECTO LITIGANTE

22

Al comienzo decíamos que, en una época donde la sociedad está cada vez más alejada de los valores éticos y morales, la vigencia del principio de moralidad en el proceso judicial se debe acentuar aún más, ejerciendo una función docente y moralizadora. Es que si estamos convencidos de que el proceso es algo muy serio, en donde el fin es encontrar la verdad para determinar a cuál de las pretensiones de los justiciables le asiste la razón, y como consecuencia de ello debe triunfar quien la tiene de su lado y no el más vivo, el más chicanero o el que está dispuesto a *hacer cualquier cosa para ganar el pleito*, debiendo este, por el contrario, pagar el precio de su obrar indebido *¿Qué mejor forma de cumplir ese ideario que determinar que aplicar todas las consecuencias desfavorables al sujeto que se comportó incorrectamente?*

Un principio lógico nos indica que si una persona tiene algo para esconder, es porque la verdad lo perjudica. Y, además, ¿qué mejor forma de hacer honor al postulado de una sociedad en la que en todos sus órdenes existan verdaderos premios y castigos a las conductas de sus habitantes? Por otra parte, como lo anticipábamos, creemos que la propia utilización de las pautas moralizadoras va a generar una importante profilaxis en el proceso, convenciendo a las partes de que la honestidad durante su trámite – como decía Calamandrei – *a la larga es un negocio*. En tal orden de ideas también propiciamos que, así como en otros ámbitos del derecho rigen los estándares de *buen trabajador, buen padre de familia, buen vecino, etc.*, y – como en el propio proceso se habla del “*improbus litigator*” – para calificar a quien se comporta de forma inadecuada, y como contra cara de éste último, se denomine como estándar del *correcto litigante*³⁶ al tipo de conductas que deben asumir y mantener las partes en el proceso civil.

³⁶ HEÑIN, Fernando Adrián. Tesina final de la carrera de especialización en derecho procesal civil de la U.N.L. sobre *El valor probatorio de la conducta en juicio*, Santa Fe, 1998, p. 38.

El principio de moralidad en el proceso civil actual

Además, ¿porqué tenemos tantos resquemores en aplicar las consecuencias de esta infracciones – cuando están debidamente acreditadas – en el proceso judicial, cuando en otros órdenes como por ejemplo en el fiscal, las consecuencias de una declaración jurada falsa son muy graves?

LA PREVENCIÓN DE LA MALA FE

Si bien luego veremos las sanciones a la violación de tal principio, es obvio que primero nos interesa que la infracción no se produzca, o al menos cese, y para ello están las medidas preventivas. A nuestro juicio son diversas y combinadas sus resultados pueden ser muy eficaces para lograr disminuir considerablemente el número de conductas sujetas a reproche. Ellas al menos son:

Los llamados de atención

Para que el acto no se vuelva a repetir. Sobre todo en los casos de abuso del proceso, por ejemplo la utilización de recusaciones infundadas o de recursos contra toda resolución de trámite que se dicte. Al no constituir sanciones, tienen como otra consecuencia que son irrecurribles y por lo tanto quien desea persistir en tal actitud, no podrá usufructuar en su favor el tiempo que demandará la tramitación de una apelación contra tal decisión.

23

La intermediación

También puede disminuir tanto la malicia como la temeridad procesal.³⁷ Si el juez desde el primer escrito está en conocimiento efectivo de las pretensiones de la partes, por un lado estaría en condiciones de repeler in limine una demanda improponible, porque por ejemplo, su objeto es ilícito, sin tener que esperar al dictado de la sentencia de mérito. Si, por el contrario y como sucede muy a menudo en la actualidad, el juez conoce el expediente recién cuando se halla en condiciones de dictar el fallo, tal planteo temerario pudo haber rendido sus frutos durante largo tiempo – por ejemplo al estar incorporado en la información que manejan las entidades crediticias, que su parte contraria afronta un juicio (por más infundado que el mismo sea) por determinada suma de dinero, más grave aún puede ser si existe una medida cautelar decretada a favor del litigante de mala fe. Lo mismo sucede con la malicia, ya que las “chicanas” normalmente

³⁷ En Italia el Proyecto Solmi fue alterado en la redacción definitiva que hicieron Carnelutti, Calamandrei y Redenti, agregando en el art. 88 sanciones disciplinarias a las partes y sus defensores que no obren con lealtad y probidad, señalando como fundamento que “las ideas que han inspirado el código al ordenar las medidas más eficaces contra la mala fe procesal fueron: **el contacto directo entre el juez y las partes debe crear en éstas la absoluta inutilidad de las trapisondas y engaños**” (cit. en GOZAÍNI, op. cit., p. 35) (la negrilla me pertenece).

Fernando Adrian Heñin

se abortan más rápidamente cuando son advertidas inicialmente. Claro que tiene que existir un ejercicio efectivo de la intermediación.³⁸

Los procesos por audiencias

Que al concentrar el trámite en la preliminar y la de vista de causa, otorga menores posibilidades de hacer planteos dilatorios. También justamente por la intermediación que ejerce el juez, muchas chicanas que se hacen por escrito, se soslayan o son desistidas ante la vergüenza que puede experimentar el letrado o la parte al ser descubierto en las audiencias. Los que hemos ejercido la profesión alguna vez pensemos cuántas cosas hemos presenciado en los papeles fríos que forman los expedientes porque se sabe que recién eso lo lee el juez – o se lo reseña el relator – al momento de sentenciar y, que de tramitarse por audiencias, no se hubieran efectuado.

El ejercicio de los poderes instructorios

Para el caso en que el código no contemple el mencionado trámite por audiencias, como el juez podría citar a la parte, al testigo o cualquier otro auxiliar para verificar personalmente si su versión poco creíble dada en audiencia se mantiene o prevalece el arrepentimiento y la verdad. Un careo puede ser muy útil también. Nuevamente la citación del juez y su presencia efectiva puede poner coto a una actuación contraria a verdad.

24

La aplicación de tasas de intereses que no licuen el monto del juicio

Mientras la tasa de interés que apliquen los tribunales sea inferior a la forma en que lícitamente la parte demandada pueda percibir los frutos mensuales por el préstamo de ese capital, la consecuente “quita” de la deuda que se produce es una invitación a la malicia procesal. Es que, supongamos una compañía aseguradora que sabe que va a ser condenada a resarcir los daños y perjuicios causados por su cliente al actor y cuenta con el dinero, pero a la vez tiene presente que el interés que va a aplicar el Tribunal va a ser el correspondiente a la tasa pasiva, va

³⁸ Es decir, por un lado, cumpliendo el magistrado su deber de estar presente en las audiencias preeliminar, de absolución de posiciones, testimoniales, de explicaciones de los peritos, de conciliación, etc., – como en la práctica pocas veces ocurre por diferentes motivos-. Pero ese solo formalismo no alcanza, también debe cumplir la finalidad de su presencia, es decir ejerciendo el activismo judicial, al proponer fórmulas conciliatorias, comprobar las respuestas verbales y los gestos, el tono de voz, las posturas físicas de los comparecientes y efectuar todas las preguntas o repreguntas que, según el conocimiento previo del expediente, fueren útiles” (conf. HEÑIN, Fernando A. *Las pruebas difíciles*, en *Tratado de la prueba*, Dir. MIDÓN, Marcelo S. Librería de la Paz, Resistencia, 2007, p. 336.

El principio de moralidad en el proceso civil actual

a esperar a la sentencia que puede llevar varios años, mientras el dinero para abonar la indemnización rinde sus frutos a una tasa mayor.

SANCIONES Y CONSECUENCIAS DE LA VIOLACION DEL DEBER DE MORALIDAD

Para las partes y sus letrados

La valoración judicial de la conducta procesal

Es la posibilidad que tiene el juez de extraer argumentos o indicios del conjunto de comportamientos activos y omisivos desplegados por las partes durante la tramitación del proceso, siendo útil especialmente en los casos en que las pruebas producidas son insuficientes para que el mismo pueda reconstruir con certeza los hechos de la causa. Originariamente se la denominó “*valor probatorio de la conducta procesal de las partes*”,³⁹ pero incluso su principal propulsor en el derecho procesal iberoamericano, Jorge W. Peyrano,⁴⁰ actualmente considera más propicia la denominación que ahora adoptamos. a pesar de su existencia hace mucho más de medio siglo,⁴¹ hasta el momento no se lo ha aplicado en la cantidad de casos en que así correspondería. En el ámbito nacional el art. 163, inc. 5, último párrafo del CPCC legisla dicho instituto,⁴² normativa que ha sido criticada por la doctrina por otorgársele el valor de *mero elemento de convicción corroborante de las pruebas producidas en autos*, lo cual limita considerablemente su posibilidad de utilización. En otros ordenamientos más modernos como el del Chaco, no se establece qué valor concreto en cada caso puede tener el comportamiento desplegado por las partes – o terceros vinculados – durante el proceso.

Sobre el punto la doctrina está dividida. Algunos autores como Sentís Melendo opinaban que la conducta procesal modernamente no constituía un argumento de prueba;⁴³ otros como Devis Echandía y Capeletti consideraban que la

25

³⁹ PEYRANO, Jorge W., Valor probatorio de la conducta procesal de las partes, LL, 1979-B-1049.

⁴⁰ PEYRANO, Jorge W., en la presentación del, Número especial sobre Valoración judicial de la conducta procesal, en Lexis-Nexis, Revista del 26/05/2004, p. 2

⁴¹ Hablamos del instituto como construcción científica, ya que si nos remontamos a la antigüedad nos vamos a encontrar con el relato Bíblico de Salomón y las dos mujeres que disputaban la maternidad de un niño (Reyes 3:16-28), como lo apunta Inés LÉPORI WHITE, agregando que el mismo a su criterio es “En realidad el único caso que pude encontrar en el cual un juez lo decidió “exclusivamente por la conducta asumida por las partes”, aut. cit, La conducta procesal de las partes y los medios de prueba, Lexis Nexis – Jurisprudencia Argentina, Número Especial sobre Valoración judicial de la conducta procesal, 26/05/2004, p. 26.

⁴² El citado párrafo prescribe que: “La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las pretensiones”.

⁴³ SENTIS MELENDO, Santiago, quien hace más de medio siglo señalaba que: “Modernamente, al menos en España, se observa una tendencia a prescindir de la conducta procesal como argu-

Fernando Adrian Heñin

gravedad del indicio debe ser apreciada por el juez libremente,⁴⁴ en postura compartida en líneas generales en la doctrina nacional por Alsina, Arazi, Fenochietto, Colombo, Kielmanovich, Fassi y Peyrano.⁴⁵

Por nuestra parte adherimos a tal postura ya que consideramos que la conducta procesal de las partes podrá asumir diferente valor según las circunstancias de la causa, el material probatorio colectado, la naturaleza de la cuestión debatida, el comportamiento de la contraparte y la cantidad y gravedad de comportamientos disvaliosos. Lo enunciado en virtud de que nos encontramos en el ámbito de los hechos, producidos por el hombre en forma voluntaria, y que por lo tanto pueden asumir diferentes ribetes.⁴⁶ Es decir que el juez debe tener una amplia libertad para valorar dichos indicios que, según el caso, pueden tener un peso concluyente para la decisión del conflicto.

¿Y qué peor consecuencia desfavorable para el *improbus litigator* que hacerle perder el juicio?

Las penas y multas

a) Diferencia entre penas y multas. Es importante recordar el distingo que realiza Jorge Peyrano acerca de lo que son las penas y la multas en el ámbito procesal, que radica en que las primeras tienen la intención resarcitoria tarifada del daño irrogado a la contraria del *improbus litigator* y las últimas tienen como destino las arcas estatales y no el patrimonio del afectado.⁴⁷ Hecha esta disquisición, debería determinarse en los códigos rituales en que caso se aplicará una pena y en cual una multa. Otra solución alternativa, teniendo en cuenta que el inmoral procesal afecta tanto al interés del Estado, es en cada caso de aplicación de una sanción pecuniaria, distribuirla por partes iguales a cada uno de estos dos sujetos.

b) De que manera se pueden aplicar las sanciones pecuniarias. El gran problema que aparece cuando se establecen sumas fijas es la desactualización que se genera luego de un tiempo en virtud de la inflación. Para solucionar ello se pueden establecer mecanismos que se actualicen más fácilmente (los IUS o las Unidades Tributarias), sobre todo cuando el litigio no posea un monto determi-

mento de prueba. El comportamiento en todos los aspectos de la vida, es una cuestión de circunstancias, no sólo del hombre; y las circunstancias pesan tanto como el hombre”, cit. en *Manual de derecho procesal civil* de E. DE MIDÓN, Gladis; MIDON, Marcelo, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 452.

⁴⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. cit. en *Manual de derecho procesal civil* de E. DE MIDÓN, Gladis; MIDON, Marcelo. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 452.

⁴⁵ HEÑIN, Fernando A. *El mal denominado valor probatorio de la conducta procesal de las partes: un instituto que debe ser correctamente aprovechado*, J.S., Santa Fe, n. 51, p. 69.

⁴⁶ HEÑIN, op. cit., p. 271.

⁴⁷ PEYRANO, 1978, p. 226.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012

El principio de moralidad en el proceso civil actual

nado. Para los otros supuestos es mejor el establecimiento de un porcentaje del monto del proceso, como lo establece el art. 45 del CPCCN o el CPCC del Chaco.

La solución más adecuada a mi juicio, es aplicar los porcentajes a las multas y, en los casos en que además exista un pedido de parte, se pueda establecer a favor de la misma otro porcentaje similar en concepto de pena. Así están cubiertos y compatibilizados los intereses públicos y privados del proceso. Si por el contrario la parte no lo pide, el juez debería aplicar oficiosamente la multa solamente.

La imposición de costas al improbus litigator o a su letrado.

Tal lo preceptúan los arts. 76, 52 y concs. del ritual. Es importante especialmente ésta última opción, ya que la mayoría de las veces el abogado es el ideólogo y principal causante de las conductas inmorales de su parte.

La no regulación de honorarios al letrado de la parte que incurrió en un obrar temerario y malicioso

Complementado con lo anterior, ¿qué mejor solución que no tenga su remuneración el letrado por el trabajo que causó un daño a la jurisdicción y a la contraparte? Puede ser un típico caso de trabajos inoficiosos y si le tocamos el bolsillo, tanto debiendo pagarle costas a la contraria como no recibiendo retribución por esa actividad, muy probablemente la próxima vez lo pensará dos veces antes de actuar con temeridad o malicia.

27

Daños y perjuicios

Para el caso en que no exista la indemnización tarifada – pena civil – o bien que la parte considere que la misma no fue suficiente para reparar los daños causados y si la conducta del justiciable configura un ilícito civil, tiene la posibilidad de solicitar la indemnización de los daños y perjuicios con sustento en lo dispuesto por los arts. 1067, 1068, 1069 y 1109 del Código Civil. El típico caso es el del embargo pedido sin derecho.

Sanciones disciplinarias

Así por ejemplo se puede sancionar con suspensión en la matrícula al abogado que incurra en un acto de mala fe procesal. Es importante que, si el abogado rinde para un cargo judicial o una asesoría letrada, en el respectivo concurso se tengan en cuenta tales antecedentes.

Sanciones penales

Cuando el justiciable incurra en sustitución, ocultamiento o mutilación de un expediente judicial, (art. 173, inc. 8° del Código Penal), sin perjuicio de lo señalado respecto de la violación del deber de decir verdad.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012

Fernando Adrian Heñin

Astreintes

Si la conducta del justiciable consiste en desobedecer un mandato judicial, el Código Procesal autoriza que los jueces impongan sanciones compulsivas y progresivas, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento, tal lo dispone el art. 37 del CPCCN.

Sanciones para el juez o tribunal

Multas y penas

Al igual que al abogado, la mejor manera de sancionar al juez que no cumple con el deber de moralidad, es “tocarle el bolsillo”. Así si no dicta una sentencia en término, o bien es manifiesta su infundada negativa a apartarse de un expediente por tener una causal legal, deberían imponérsele multas y penas procesales, al igual que lo propiciado para la parte ímproba. Si bien esas posibilidades se encuentran establecidas en forma aislada en los códigos – por ej. el art. 298 del CPCC de la Provincia de Buenos Aires, para los casos en que se admite el recurso extraordinario de nulidad. Así también lo establecía el art. 44 del Decreto Ley 1407/62 del Chaco que regula el recurso de inconstitucionalidad, multa que fue derogada por la Ley n. 5951. Cabe destacar que en el Chaco mientras se encontraba prevista no era utilizada esta opción y al ser una suma fija, había quedado desactualizada.

28

La condena en costas al juez abusivo

Como dice Gladis Midón, al ser de naturaleza procesal, puede ser legislada por las jurisdicciones locales, autora que fundamenta la propuesta en que en los supuestos de excesos rituales, el juez debe pagar las costas, por haber obligado sin razón a litigar a un semejante, a los fines de que éste último salga incólume de la contienda.⁴⁸ Agrega la misma que tal idea no comporta ninguna novedad ya que lo disponía el art. 240 del antiguo Código de procedimientos civiles para la Capital Federal, como asimismo el art. 114 del ritual de Tucumán y el art. 36 inc. III del similar de Mendoza, citando también las opiniones de doctrinarios de la talla de Alcalá Zamora, Chiovenda y Maurino.⁴⁹ Estamos totalmente de acuerdo con dicha solución, para lo cual debiera modificarse al respecto la legislación sobre las costas del juicio con el alcance señalado.

⁴⁸ E. de MIDÓN, Gladis. *Ideas para un efectivo freno al excesivo rigor formal, ese recurrente abuso de ciertos jueces*, Libro de Ponencias del XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, 2001, p. 864.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 866-867.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012

El principio de moralidad en el proceso civil actual

Sanciones administrativas y causales mal desempeño

En todas las normativas que rigen el actuar del juez están previstas las mismas, lo importante a recalcar aquí es que cuando las faltas tengan cierta entidad pero no ameriten la destitución del magistrado, sería conveniente una aplicación adecuada de sanciones menores que quedan en el legajo del magistrado, lo cual – al igual que sucede para el abogado-, debería ser tenido en cuenta por los órganos competentes de los concurso judiciales para el acceso a cargos superiores.

Sanciones penales

El juez es responsable frente a la sociedad cuando incurre en algunas de las conductas tipificadas como delitos por el Código Penal.

Indemnizaciones civiles

Se da la posibilidad de un reclamo por daños y perjuicios al justiciable perjudicado, cuando el magistrado dolosa o culposamente en el ejercicio de sus funciones le causa un daño (arts. 1109 y 1112 del Código Civil). Dicen las Bases del Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que es conveniente consagrar como deberes del juez (pto. 13. C) el de responder civilmente por los perjuicios causados por sus demoras injustificadas en proveer, para lo cual debe establecerse un procedimiento breve ante el correspondiente superior; sin perjuicio de la responsabilidad que le resulte por su dolo, fraude, abuso de autoridad o error inexcusable.⁵⁰

29

La importancia de una buena regulación legal de las sanciones

Finalmente cabe destacar que para prevenir infracciones al deber de moralidad, para que las partes sepan con certeza cuales van a ser las consecuencias de un obrar indebido, como para el magistrado que las va a aplicar – o el órgano de superintendencia o de enjuiciamiento en su caso si se trata del actuar incorrecto de un Juez-, sepan que tienen suficiente respaldo legal, deben estar especificadas las diferentes clases de sanciones previstas para cada acto que viole el deber de moralidad.

BIBLIOGRAFIA

ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*, Ed. La Rocca, 1998.

BIDART CAMPOS, Germán, Medios probatorios que requieren prestar el cuerpo propio, comentando el fallo de la C.N.Civ., Sala F, 24/08/92, ED, diario del 02/03/1993.

⁵⁰ Conf. *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988, p. 29.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012

Fernando Adrian Heñin

BERIZONCE, Roberto O. *El exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional*, Libro de Ponencias del XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, t. I, p. 851.

CARBAJAL, Fernando, *La Absolución de Posiciones y el artículo 18 de la C.N.*, El Dial.Com, Suplemento de Derecho Procesal – Doctrina, 11 de octubre de 2006.

CAYUSO, Susana G. La prueba compulsiva de sangre y los derechos y garantías constitucionales. Confrontación o armonía. La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional del 10/11/2003.

COUTURE. *Estudios de derecho procesal civil*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2003, T. III, pág. 169.

COUTURE, Eduardo. El deber de las partes de decir la verdad, en *Estudios de derecho procesal civil*, 2. ed., Bs. As., 1978, v. III.

DIAZ, Clemente. *Instituciones de derecho procesal civil*, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1968, t. I.

E. DE MIDÓN, Gladis; MIDON, Marcelo. *Manual de derecho procesal civil*, La Ley, Buenos Aires, 2008.

FALCON, Enrique M. *Declaración de parte, confesión y juramento*, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, Rubinzal-Culzoni, 2006, t. III.

FÚRNO, Carlo. *Teoría de la prueba legal*, trad. de Sergio González Calderón (Madrid, 1954), Ed. Revista de Derecho Privado.

30

GÓMEZ ALONSO, Julio. *Sanciones conminatorias o compulsorias en la reforma procesal civil española*, JA, boletín del 30/01/1991.

GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo. *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

GROSMAN, Cecilia; ARIANNA, Carlos. Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial, L.L., 1992-B-1193.

HEÑIN, Fernando Adrián. *Modernos institutos procesales*, Ed. ConTexto, Resistencia, 2009.

HEÑIN, Fernando A. Valoración judicial de la conducta procesal, en *Tratado de la Prueba*, Librería de la Paz, Resistencia, 2007.

HEÑIN, Fernando A. *La necesidad de realizar la extracción compulsiva de sangre en los procesos de filiación*, Doctrina Judicial, La Ley, año XXI, n. 51, del 20/12/2006.

HEÑIN, Fernando A. La necesidad de modificar la legislación por los avances de la ciencia: el caso de las pericias biológicas en los procesos de filiación, *Revista de Processo, RePro* 168, año 34, Revista dos Tribunais, del IBDP, San Pablo, 2009.

HEÑIN, Fernando A. *Las pruebas biogenéticas y el indicio resultante de la negativa a someterse al examen. verdad versus ficción*. J.S., Ed. Jurídica Panamericana, Santa Fe, n. 67, p. 14.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Aspectos jurídicos del genoma humano*, ED, 153-943.

KIELMANOVICH, Jorge L. Valor probatorio de la conducta procesal de las partes, Libro de Ponencias del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, T. I.

MAURINO, Alberto L. *Abuso del derecho en el proceso*, La Ley, Bs. As., 2001.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012

El principio de moralidad en el proceso civil actual

MENDEZ COSTA, María J. Sobre la negativa a someterse a la prueba hematológica y sobre la responsabilidad del progenitor extramatrimonial no reconociente, LL, 1989-E-589.

MIDON, Marcelo S. *Pericias biológicas* – Enigmas que se le plantean al hombre de derecho, Ed. Jurídicas Cuyo, 2005.

MORELLO, Augusto M., en su Prólogo a la obra de Osvaldo A. GOZAÍNI, *La conducta en el proceso*, Ed. Platense, La Plata, 1988.

MORELLO-SOSA-BERIZONCE. *Códigos Procesales*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, t. I.

MOISSET DE ESPANES, Luis. Negativa a someterse a la prueba de grupos sanguíneos, JA, 24-1974.

PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil, principios y fundamentos*, Astrea, Bs. As., 1978.

PEYRANO, Jorge W. *Procedimiento civil y comercial 1, Conflictos procesales*, Iuris, Rosario, 2002.

PEYRANO, Jorge W. El indicio vehemente, L.L., t. 190.

PEYRANO, Jorge W. en la presentación del, Número especial sobre Valoración judicial de la conducta procesal, en Lexis-Nexis, Revista del 26/05/2004.

Data de recebimento: 17/4/2011

Data de aprovação: 4/9/2012

GLOBALIZAÇÃO, TRANSNACIONALIDADE E OS CONTORNOS DE UMA DEMOCRACIA DA PÓS-MODERNIDADE

GLOBALIZATION, TRANSNATIONAL MANIFESTATION AND THE DRAWING OF THE POSTMODERN DEMOCRACY

*Isaac Sabbá Guimarães**

RESUMO

O presente artigo tem como objeto de investigação a globalização e as manifestações políticas transnacionais, objetivando identificar as transformações que se sucederam na teoria do Estado como consequência daqueles fenômenos, especialmente no que se refere à nova forma de entender-se a democracia.

Palavras-chave: Teoria do Estado; Globalização; Transnacionalidade; Democracia.

ABSTRACT

This paper has globalization and transnational politics manifestations as his object. And I'll try to describe the transformations verified in the State theory caused by those phenomena, especially with regard to the new way of understanding democracy.

Keywords: State theory; Globalization; Transnational manifestation; Democracy.

INTRODUÇÃO

Os estudiosos costumam indicar o surgimento do Estado na Idade Moderna, justamente durante a efervescência política do Renascimento (sobre a qual ninguém melhor do que Burckhardt para contar), o que coincide, do ponto de

* Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Doutor em Direito pela Università Degli Studi di Perugia (Itália). Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Promotor de Justiça no estado de Santa Catarina. Endereço: Av. das Flores, s/n., Fórum de Justiça, Bairro dos Estados, Balneário Camboriú/SC, e-mail: iguimagares@mp.sc.gov.br.

vista histórico, com o esgotamento dos paradigmas da Idade Média. Trata-se do momento em que, por um lado, a *intelligentsia* – representada por politólogos da envergadura de Maquiavel e filósofos como Pico Della Mirandola – passa a perceber a distinção entre negócios públicos do sistema político no qual está assentado o povo e a esfera onde se inscrevem regras de sua vida, para se chegar à conclusão da amoralidade do poder político e de uma razão própria para coordenar politicamente o povo, que será a *ragione di Stato*; e, por outro lado, a compreensão da existência humana a partir do antropocentrismo atuará, ainda que por longo período de amadurecimento, para estabelecer os elementos conceituais do Estado e, mais do que isso, delimitar as esferas de competência e de liberdades individuais. Mas tudo isso durante o período de crise, quando se dá a ruptura e uma reelaboração dos modelos nos planos prático e teórico.

A teoria do Estado, cujas teses são em geral amparadas pelo historicismo ou pela sociologia, sustenta a configuração de unidade moral e política para a constituição de seu objeto de estudo. É pela autodeterminação dos povos que se dá origem ao poder político engendrador do Estado, que se legitimará por uma espécie de impulso existencial – daí se reconhecendo uma unidade de desígnios determinados pelo vínculo entre povo e poder político. O Estado, exercendo o poder político total – a soberania –, reivindicará autonomia para deliberar seu direcionamento e, no plano de relacionamentos com outros Estados, sempre será um organismo político individuado. Contudo, a última quadra do século XX colocará em causa, por múltiplos fatores – políticos, tecnológicos, econômicos –, o desenho do Estado da modernidade, inclusive mitigando a dimensão conceitual de soberania.

A presente investigação tentará evidenciar isso. Primeiro, traçando as linhas teóricas do Estado, tal como representado pelo ramo de estudos específicos, até se evidenciar o fenômeno que propiciará o novo esquema de relações entre os Estados que, a bem da verdade, deixará de lado as proposições bilaterais e as ditadas por interesses supranacionais, para estabelecer-se multilateralmente. Para aí se chegar, será necessário, em segundo lugar, diferenciar-se o fenômeno da globalização daquilo que, em termos teóricos, implica numa revisão da teoria do Estado, a transnacionalidade. Esta expressão político-jurídico-econômica, por fim, será examinada a partir de seu pressuposto legitimador, que é o consenso multilateral, neste trabalho referido como *democracia da pós-modernidade*.

A investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato sob a forma de artigo são realizados com base no método indutivo, e as técnicas utilizadas são a do referente, a de categorias e de conceitos operacionais. As categorias utilizadas terão seus conceitos operacionais descritos ao longo do trabalho.

DO ESTADO COMO UNIDADE POLÍTICA À TRANSNACIONALIDADE: UMA TENTATIVA DE COMPREENSÃO DOS NOVOS PARADIGMAS POLÍTICO-JURÍDICOS

Tão difícil quanto a localização de um marco histórico em que se deu o advento do Estado é sua categorização ao longo dos tempos segundo os elementos conceituais normalmente utilizáveis por teóricos do Estado, cientistas políticos e constitucionalistas, embora já se tenha alguma noção desse fenômeno sócio-cultural-político desde a mais longínqua antiguidade. Afinal, as civilizações que formam o tronco comum ocidental (a grega, a romana¹ e a judaica) já discerniam as questões fundamentais em torno da ideia de organicidade política.

Platão trata, em sua *A República*, de uma *pólis* rigidamente estruturada em funções, governada pelo *sofiocrata*, o rei filósofo.

Aristóteles, percorrendo outros métodos, não só descreve, em *A política*, as funções dos organismos sociais, como também, num experimento sociológico, identifica as partes integrantes da *pólis*, devidamente constituídas visando à satisfação dos interesses do homem, aqui sempre visto de forma absolutamente diferente dos animais, com aparato instintivo, e dos deuses, que vivem em outro nível de realidade (a transcendental), mas, *tout court*, o homem *zoón politikón*; o que já permite que compreendamos que o mundo helênico conhecia as ideias de organização política – e seu derivado, o poder político – e de povo.²

É mais ou menos o que se observará entre os judeus dos tempos bíblicos, que criaram uma teocracia democrática,³ arrimada, por um lado, na mística de

¹ Por mais que se pense numa ancestralidade ocidental que se radique em Roma e no mundo Helênico, será equivocado o reducionismo normalmente expresso pelos termos adjetivados compostos, quando se fala, v.g., numa civilização greco-romana. Especialmente ao entrarmos nas peculiaridades dos sistemas políticos de cada um desses pilares civilizacionais.

² É a ideia que perpassa a obra de MOSSÉ, Claude. *Atenas: a história de uma democracia*. 3. ed. Tradução de João Batista da Costa. Brasília: UnB, 1997, passim. Título original: *Histoire d'une démocratie: Athènes*.

³ O termo teocracia não é novo e podemos encontrá-lo na obra do historiador judeu Flavio Josefo. Ao rebater as ideias (que considerou caluniosas) do escritor alexandrino Ápio sobre os judeus, Josefo faz uma ampla abordagem sobre a judeidade, incluindo sua organização social, religiosa e política. No livro II de sua última obra, *Sobre a antiguidade dos judeus*, refere (II, XVI – *As leis de Moisés*, 165): “Nuestro legislador no atendió a ninguna de estas formas de gobierno, sino que dio a luz el estado *teocrático*, como se podría llamar haciendo un poco de violencia a la lengua”, criando um neologismo que passou a ser normalmente referido desde então (JOSEFO, Flavio. *Sobre la antigüedad de los judíos. Autobiografía*. Tradução, introdução e notas de José Ramón Busto Saiz e Victoria Spottorno Díaz-Caro. Madrid: Alianza Editorial, 2006. p. 124). Especificamente com relação ao Estado judeu do período bíblico (cf. BELKIN, Samuel. *A filosofia do Talmud*. Tradução de Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Êxodus, Sêfer, 2003. Título original: *In his image – the jewish philosophy of man as expressed in rabbinic tradition*, p. 13 *usque* 17), refere ali verificar-se uma teocracia democrática.

que a Divindade provera Seu povo de uma Terra Santa, onde todos deveriam obediência à Sua autoridade, e, por outro lado, em que deveriam ter seu governo terrenal (embora, também, por intermédio da providência divina). É em Deuterônimo, 17, 14-15, que lemos: “Quando fores à terra que o Eterno, teu Deus, te dá, e a herdares e nela habitares, e disseres: ‘Porei sobre mim um rei, como o fazem todas as nações que estão ao redor de mim’ – certamente poderás pôr sobre ti o rei que o Eterno, teu Deus, escolher”⁴.

Já os romanos, ao sistematizarem seu direito, concebido como elemento de preservação da *pax publica*,⁵ viram na efetiva participação do povo na coisa pública, na *res-publica*, uma forma virtuosa para a concretização do poder político, o elemento seminal para a ideia de soberania democrática.⁶ E é em torno deste elemento que o problema do Estado se desenvolverá, desde uma concepção personalista, como depreendemos de Bodin, ao tempo do *ancien régime*, até chegarmos aos arranjos conceituais dos contratualistas do século XVIII.⁷

É também partindo desta questão problemática que as teses unitárias tomam o Estado como realidade política só após a Idade Média, quando os vínculos culturais e políticos são de tal forma bem estruturados que as fontes policêntricas de poder são substituídas pela ideia de autodeterminação político-jurídica,⁸ que virá a ser uma das expressões modernas de soberania. As fontes morais do corpo social dão lugar à *ragione di Stato*, implicitamente preconizada por Maquiavel em seu *O príncipe*; e o povo, o elemento formador do Estado e do qual deriva o poder político, organizar-se-á segundo um conjunto de interesses consensuais, dando-lhe direção, iniludivelmente como no sistema histórico orte-

132

⁴ BÍBLIA HEBRAICA. Versão de David Gorodovits e Jairo Fridlin (baseada no hebraico e à luz do Talmud e das fontes judaicas). São Paulo: Séfer, 2006. p. 197.

⁵ Cf. CÍCERO. *Tratado das leis*. Tradução de Marino Kury. Caxias do Sul: Educ, 2004. Título original: *De legibus, maxime* livro primeiro, VI.

⁶ A natureza, que provê os seres humanos de um instinto de conservação, leva-os, pelas virtudes civis desenvolvidas na *civitas*, “[...] a reunirem-se em assembleias e a nelas tomarem parte; como consequência disto, ela comanda o esforço do homem em providenciar uma espécie de armazém de requisitos destinados ao seu conforto e necessidades”, diz CÍCERO. *Dos deveres*. Tradução, introdução e notas de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70. p. 19. Título original: *De officiis*. Para essa cultura da qual somos tributários do direito civil e de muitos princípios de direito administrativo, a participação cívica não só é virtude, mas um dever.

⁷ É comum incluírem Hobbes entre os contratualistas de índole absolutista, mas cabe frisar que, para o filósofo inglês, a gênese do Estado está no poder político democrático. Afinal, a deliberação sobre sua constituição é tomada livremente pelos homens.

⁸ Heller é um dos que entende a questão desta forma. O politólogo alemão refere: “É patente o fato de que durante meio milênio, na Idade Média, não existiu o Estado no sentido de uma unidade de dominação, independentemente no exterior e no interior que atuara de modo contínuo com meios de poder próprios, e claramente delimitada pessoal e territorialmente”. Cf. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 158. Título original: *Staatslehre*.

Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia...

guiano, em que se parte de todo o acervo de experiências que se interligará às perspectivas para o futuro.

Se esta noção mais bem formulada acerca do Estado – como unidade política ou, *tout court*, sua denominação de Estado-nação, cujo momento embrionário será localizado na Renascença, distendendo-se pelo período em que surgem os modernos Estados europeus baseados em territórios delimitados e com poder central, passa pela independência norte-americana e vai até a primeira metade do século XX, quando ocorre a criação do Estado de Israel, um dos mais emblemáticos fenômenos políticos arrimado na ideia de nação, e tem, por fim, na guerra fria a cristalização da atitude isolacionista dos Estados – é a que mais vivamente permaneceu entre estudiosos, uma abertura cosmopolita que se tem verificado desde os anos 1990, especialmente intensificada com a queda do *muro de Berlim*, com o fim do bloco dos Estados socialistas soviéticos e com a materialização do Tratado de Maastricht, tem gerado um estranhamento, já que o fenômeno – ou o sistema fenomênico – é representado – e largamente teorizado – como a crise conceitual e estrutural do Estado. Tentemos melhor entender isso por meio do exame da mudança de paradigmas.

Estado como ideia de unidade

É já com Maquiavel que as primeiras ideias de nacionalismo aparecem tendentes a forjar uma Itália unificada e estável, o que influenciará politólogos e a própria experiência política de toda a Idade Moderna.⁹ Mas é a partir do século XVII que o sistema de organização política feudal, marcado pelo policentrismo e pela fragmentariedade do poder, vai sendo pouco a pouco substituído por uma prática política com governo central, dando substância ao Estado integral. Cruz, ao tratar de uma tipologia dos Estados, refere que: “[...] o Estado que se consolida no século XVII, e que em alguns aspectos responde pelo seu conceito atual, aparece quando a comunidade política se define, fundamentalmente, em função da sujeição comum a um poder político, que exerce sua autoridade em um determinado âmbito e sobre todos aqueles que se situem nele [...]”.¹⁰ Mais tarde, ao

133

⁹ Ao tratar disso, HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 161-162. Título original: *Staatslehre*, escreve: “As origens propriamente ditas do Estado moderno e das ideias que a ele correspondem devem procurar-se, não obstante, nas cidades-repúblicas da Itália setentrional na época da Renascença. De Florença era Nicolau Maquiavel, cujo *Príncipe* introduz na literatura o termo *lo stato* para designar o novo *status* político (Jellinek, *Staatslehre*, p. 132 e seg.), ao mesmo tempo que analisa, de maneira altamente viva, a *ragione di stato* da Idade Moderna”.

¹⁰ CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do direito constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 43. Não se pode esquecer, contudo, de que as coisas não ocorreram de forma tão linear. Heller escreve que: “O aparecimento do poder estatal monista produziu-se segundo formas e etapas muito diferentes nas diversas nações. A atomização política triunfou primeiramente na Inglaterra.

longo do século XIX, sob os influxos do sociologismo, as ideias nacionais dão força a uma justificação do Estado como unidade constituída a partir do que Heller, em sua *Teoria do Estado*, chamou de *agrupamentos de vontades* ou de *unidades coletivas de ação*, que se expressam formando o poder político,¹¹ mas têm nos traços culturais comuns (idioma, costumes cristalizados pela *tradição* ao longo dos tempos etc.) seu verdadeiro êmulo.

Em obra anterior, *As ideias políticas contemporâneas*, Heller parece mais enfático com relação ao tratamento do tema, referindo que: “A ideia nacional é a justificação do Estado pelo povo individualizado numa comunidade de cultura”.¹² O entendimento da sociedade como um verdadeiro organismo, com suas ligações estabelecidas pelos vínculos culturais comuns, permite conceber uma base consensual de interesses, que se projetará em sua vida política. Mas as teorias sociológicas a respeito da formação do Estado sofrem forte oposição de um Kelsen que constrói uma teoria do Estado monista arrimada em outra base.

O maior expoente do juspositivismo não nega o aspecto orgânico sob o qual se constituem as sociedades e, no que se refere a isso, vê alguma similitude com o Estado. Mas assevera a necessidade de distingui-lo das outras corporações humanas, tarefa que leva a efeito por meio do minucioso exame das teorias sociológicas, e vai contrastando cada qual com sua irredutível posição de que “O Estado é a comunidade criada por uma ordem nacional [...]” e, pois, que “[...] o problema do Estado, portanto, surge como o problema da ordem jurídica nacional”,¹³ *tout court*. Para os que entendem existir uma realidade social subjacente (e prévia) à formação do Estado, a partir do que se daria a constituição do *corpus iuris* como fenômeno distinto que virá a regular o Estado, como se este ente político e o direito fossem *dois objetos diferentes*, Kelsen contrapõe sua tese de que “[...] a comunidade a que chamamos de ‘Estado’ é a ‘sua’ ordem jurídica”.¹⁴ Por outras palavras, Estado e direito são uma e a mesma coisa, ou, poderíamos

Foi este o único reino em que, graças à energia dos reis normandos, se consegue criar, já no século XI, uma organização política relativamente forte no meio da hierarquia feudal. Uma manifestação prematura do Estado moderno criou-se na primeira metade do século XIII na Sicília pelo genial Frederico II, que tirou de forma radical, ao sistema feudal, o exército, a justiça, a polícia e a administração financeira, centralizando tudo de modo burocrático” (op. cit., p. 161). Mas não se pode esquecer de que, também na Europa continental, o reino de Portugal, bem antes da Restauração, já era um Estado em que a unidade era costurada pela figura onipresente do rei e de sua burocracia que, como corte itinerante, constituía seu *corpus* fundamental em cada concelho, vila ou aldeia onde se estabelecia para as audiências públicas e a normatização de atos.

¹¹ Cf. op. cit., *maxime* p. 111 e segs.

¹² HELLER, Hermann. *Las ideas políticas contemporâneas*. Tradução de Manuel Pedroso. Barcelona: Editorial Labor, 1931. p. 118.

¹³ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 261-262. Título original: *General theory of law and state*.

¹⁴ *Ibid.*, p. 263.

Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia...

afirmar, partindo da formulação *ubi societas, ibi ius*, que há uma absoluta equivalência entre as duas representações da sociedade politicamente organizada. É verdade que as pessoas de uma coletividade interagem dando-lhe o aspecto de coesão, mas isso, afirma Kelsen, verifica-se em quaisquer fenômenos, e em toda a natureza há interação,¹⁵ de forma que este não será o aspecto peculiar que justificará a unidade do Estado. Explica:

Para aplicar a teoria da interação ao Estado, devemos admitir que a interação admite graus e que a interação entre indivíduos pertencentes ao mesmo Estado é mais intensa do que a interação entre indivíduos pertencentes a Estados diferentes. Mas tal pressuposição é infundada. Sejam relações econômicas, políticas ou culturais o que temos em mente ao falar de interação, não se pode questionar seriamente que as pessoas pertencentes a Estados diferentes muitas vezes têm contatos mais intensos que os cidadãos do mesmo Estado. Pensemos no caso em que indivíduos da mesma nacionalidade, raça ou religião se encontram divididos em dois Estados limítrofes cuja população carece de homogeneidade. Ser membro da mesma comunidade linguística, da mesma religião ou profissão muitas vezes cria vínculos muito mais íntimos do que a cidadania comum. Sendo de natureza psicológica, a interação não se restringe a pessoas que vivem juntas no mesmo espaço.¹⁶

Quer com isso dizer que a interação entre os membros de uma coletividade não é o fator de unidade social, mas, por outro lado, “Dizer que o Estado é uma unidade social concreta de interação é dizer que os indivíduos que, num sentido jurídico, pertencem ao mesmo Estado também têm uma relação de interação recíproca, *i.e.*, que o Estado é uma unidade social real, além de uma unidade jurídica”,¹⁷ donde se conclui que o problema da unidade sociológica pressupõe o Estado como unidade jurídica.

O jurista filósofo da Faculdade de Direito de Viena, que teorizou a pureza do direito – que seria o direito livre de aspectos *metajurídicos*, como os da psicologia de massa, da moral, da ética –, escrevendo de forma coerente em relação a seu programa teórico – lembre-se, as ideias de Estado e de direito fundem-se, simplesmente, na categoria de sistema jurídico –, também não admite possível a existência daquilo que a abordagem sociológica chamou de *vontade coletiva* ou de *interesse coletivo* e da *consciência coletiva* como pontos fulcrais da ideia de unidade que dá cabimento ao Estado. Explica:

Se a teoria do Estado não deve transcender os dados da experiência e degenerar em especulação metafísica, essa vontade coletiva ou consciên-

¹⁵ KELSEN, 2005, p. 264.

¹⁶ *Ibid.*, p. 265.

¹⁷ *Id.*

cia coletiva não pode ser a vontade ou consciência de um ser diferente dos indivíduos humanos que pertencem ao Estado; o termo vontade coletiva ou consciência coletiva pode significar apenas que vários indivíduos querem, sentem ou pensam de uma certa maneira e estão unidos por sua consciência desse querer, sentir e pensar comuns. Uma unidade real existe, então, apenas entre os que efetivamente têm um estado mental idêntico e apenas nos momentos em que essa identificação de fato prevalece. É improvável que tal identificação possa existir [...]. Afirmar que todos os cidadãos de um Estado querem, sentem ou pensam sempre de uma mesma maneira é uma ficção política óbvia.¹⁸

Deslocando a questão para a noção de ordem jurídica, chegar-se-ia à conclusão de que, fosse ela realmente fruto do *interesse coletivo*, deveria haver uma completa harmonia entre os integrantes da coletividade e “[...] essa ordem poderia contar com a obediência voluntária de todos seus sujeitos; ela não mais precisaria ser coercitiva, e, sendo ela completamente ‘justa’, não precisaria nem mesmo ter o caráter de Direito”.¹⁹

136

Ao chegar a este ponto, Kelsen já terá embasamento suficiente para, refutando as teorias sociológicas que veem na unidade social um momento essencial e prévio ao advento do Estado, afirmar que: “O Estado é aquela ordem da conduta humana que chamamos de ordem jurídica, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a ideia à qual os indivíduos adaptam sua conduta”.²⁰ E arremata: “Descrever o Estado como ‘o poder por trás do Direito’ é incorreto, já que sugere a existência de duas entidades distintas onde existe apenas uma: a ordem jurídica”.²¹

Por um lado, o pensamento monista de Kelsen em torno do problema do Estado, distinguindo-se daquela visão existencial concebida pelas vertentes sociológicas, embora seduza os mais céticos, os que duvidam de um liame ético que forme uma comunidade com interesses voltados para sua organização política e jurídica, esbarra em algumas experiências políticas de autodeterminação. A criação do Estado de Israel, proclamado em 1948 por David Ben Gurion como *Medinat Iehudit*, Estado judeu, é o exemplo mais lídimo disso. Os movimentos de retorno dos judeus da diáspora a partir da baixa Idade Média, e mais tarde, já no século XIX, o movimento sionista inaugurado por Theodor Herzl, autor de *Der Judenstaat*, que conseguiu congregar lideranças judaicas para dar efetividade ao restabelecimento do Estado de Israel, bem como a onda migratória dos anos 40 que compele a comunidade internacional a aceitar sua (re)criação, pa-

¹⁸ KELSEN, 2005, p. 266.

¹⁹ *Ibid.*, p. 267.

²⁰ *Ibid.*, p. 272.

²¹ *Ibid.*, p. 275.

recem fortemente fundamentados no ideário de judaísmo, na sua acepção cultural mais ampla. Mas, por outro lado, do ponto de vista metodológico e teórico, as ideias kelsenianas juntam-se às posições sociológicas, forjadas durante um longo período da história política moderna, para conceber o Estado como unidade, como realidade social de fundação; e ambas as posições, prestigiadas por estudiosos e justificáveis do ponto de vista da experiência histórica, arrimam-se nos paradigmas referidos à centralização do poder, à Constituição como documento político inaugural de sistemas jurídicos, nos movimentos independentistas e numa tendência ao isolacionismo, observável com maior ênfase entre Estados terceiro-mundistas. Contudo, hoje tais posições são fortemente golpeadas por adventos políticos e econômicos que indicam a mudança de paradigmas na face ocidental do mundo, especialmente a partir da queda do *muro de Berlim* e a concretização da Comunidade Europeia, merecendo, aqui neste artigo, alguma atenção.

A experiência da Comunidade Europeia e a redefinição de soberania

A ideia do cosmopolitismo como achega para o estabelecimento de uma *paz perpétua* não é, como se sabe, pelo menos ao nível filosófico, algo novo. A abertura do homem para um reino universal, no pensamento cristão, ou a formação de um governo mundial sem fronteiras sob a modalidade republicana, segundo a concepção de Kant, prescrevem modos para se lograr a harmonia e a paz entre os povos. E terão sido estes os motivos da criação da Liga das Nações, que teve curta existência, e da ONU, ambas surgidas em períodos de pós-guerra, quando se pretendia a superação de crises mundiais. Mas os Estados que haviam combatido na Segunda Grande Guerra estavam com sua economia destruída; e a reestruturação material, condição irrenunciável para que os Estados voltassem à sua normalidade existencial, nisso se incluindo os meios para facultar vida digna aos cidadãos, era a preocupação primeira. Havia, portanto, a necessidade de garantir-se não só a segurança, mas, também, o crescimento econômico dos Estados.

Os arranjos feitos para tratar da segurança deram causa à criação da OTAN, enquanto a reestruturação econômica dos Estados europeus coube dentro do Plano Marshall. Em ambos os casos, um verdadeiro redesenho da política internacional, observa-se a preeminência dos Estados Unidos da América, que também liderarão os Estados alinhados à direita na guerra fria, com algumas incursões pelo terceiro mundo.²² E é lógico que essa forte influência punha em causa valores nacionais europeus. Acerca disso, Castells menciona que: “[...] havia necessidade de instituições políticas para estabilizar as relações entre os Estados-nação

²² Preferimos esta expressão em vez de referirmo-nos ao âmbito dos *Estados periféricos*, pois melhor se presta àquele momento da história mundial.

que haviam sido constituídos, historicamente, mediante lutas entre si ou procura de alianças para a guerra seguinte”.²³ Por isso, a primeira providência para a consolidação de uma *pax* europeia foi a regulação de um mercado comum de carvão e aço, por meio da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA, criada em Paris, em abril de 1951, para ela convergindo a Alemanha Ocidental, França, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, tendo o propósito de evitar o desenvolvimento autônomo de qualquer dos Estados nesses setores. Não tardou para que essa integração desse origem à Comunidade Econômica Europeia – CEE, concebida pelo Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, cujo fim era não apenas o fortalecimento dos Estados participantes do bloco econômico, mas sua independência em relação aos Estados Unidos da América, como explicitamente enfatizou De Gaulle.

O projeto inicial tomou grande impulso nos anos 1980, quando o mundo emergia das crises econômicas de 1973 e de 1979. Por um lado, deu-se a entrada de Espanha e Portugal na Comunidade; por outro, pavimentava-se o caminho para o mercado unificado, que viria a se tornar realidade nos anos 1990. Mas aqui já se opera uma sensível mudança na estrutura política dos Estados comunitários, que se encaminham para um modelo contra o qual nos anos 1960 se insurgira a Grã-Bretanha: o da soberania redefinida. Castells refere que: “Mais uma vez, uma medida econômica, o estabelecimento de um verdadeiro mercado comum de capital, bens, serviços e mão de obra, foi, no fundo, uma medida para promover a integração política, cedendo partes da soberania nacional para assegurar certo grau de autonomia aos Estados membros no novo ambiente global”.²⁴ E isso tanto foi uma questão capital para os europeus que logo o amálgama político-econômico é necessariamente adensado por um sistema de direito comunitário, tudo a possibilitar uma integração dos Estados que ultrapassa os fins econômicos e de mercado para dar cabimento a uma União Europeia.

Outro aspecto de importância para o redesenho político dos Estados europeus foi a *queda do muro de Berlim*, fato que encerra duplo sentido. Em primeiro lugar, a Alemanha mostra ao mundo seu poder político e econômico. A banda ocidental, a República Federal da Alemanha, rica e moderna, viria a promover a reestruturação da República Democrática Alemã, mergulhada no atraso de um modelo político que se mostrava ineficiente e, a todas as luzes, contrário aos anseios democráticos dos povos europeus. A Alemanha unificada representaria 30% do PNB da Comunidade Europeia²⁵ e, também, decisiva preeminência na política internacional, até então, no continente europeu, representada pela Fran-

²³ CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. 4. ed. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 387. Título original: *End of millennium*.

²⁴ *Ibid.*, p. 389.

²⁵ *Id.*

Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia...

ça e pela Grã-Bretanha. Por outras palavras, a Comunidade dos Estados europeus ganhava, com a adesão da Alemanha, um novo vigor. Mas, em segundo lugar, antes de representar um evento local, a *queda do muro* ajuda a “pôr uma pá de cal” no antigo modelo socialista que dividiu o mundo em dois grandes blocos ao longo da guerra fria e, com isso, possibilita o estreitamento entre aqueles Estados que viviam numa situação de estranhamento constante. Lembre-se, ademais, de que a globalização – ou as globalizações, como quer Boaventura de Sousa Santos – passava a facultar maior interação, não apenas comercial, mas, também, cultural entre os povos. Diante disso, o isolamento só se tornava fato como atitude autoimposta, como se verificou com alguns Estados renitentes do velho bloco alinhado à esquerda e, posteriormente, entre os Estados teocráticos fundamentalistas do islã do pós-pan-arabismo. A questão crucial sob o enfoque político, contudo, estava relacionada com a (re)definição da ideia de soberania, que continua a ser o problema a ser enfrentado pelos teóricos do Estado e constitucionalistas.

Se durante a onda das ideias nacionalistas se concebia a soberania como aquele elemento moral (ou jurídico, segundo uma expressiva corrente de estudiosos) do Estado tendente à autodeterminação política e jurídica, com a formação da União Europeia a necessidade de estabelecer-se um alinhamento político-econômico-jurídico entre os Estados comunitários alterou-lhe os marcos conceituais. Como se sabe, hoje os Estados comunitários possuem um organismo burocrático de grande dimensão, o Conselho de Ministros, que trata dos mais diversos aspectos da vida de cidadãos de realidades tão díspares quanto as culturas que formam a colcha de retalhos que é a Europa. Apenas para se ter uma ideia disso, a Península Ibérica contém povos de culturas, línguas, idiosincrasias e mundividência absolutamente diversas; se fecharmos o campo de visão para olharmos somente a realidade de Espanha, onde – no período do generalíssimo Franco – se pretendeu forjar uma cultural nacional com o sacrifício dos localismos, encontraremos, explicitamente, diversidade linguística e cultural e a latente tendência de autodeterminação de alguns *pueblos*, como é o caso mais patente do País Basco. Tourraine salienta, com toda a propriedade, que a nova Europa vive uma situação ambígua, em que o francês, o italiano, o espanhol pretendem ser cidadãos europeus, mas continuam firmemente arraigados à sua cultura local;²⁶ um paradoxo que, em outros tempos, foi vivido pelo povo espanhol, após perder Cuba e as Filipinas, no derruir de seu império, que teve no movimento político-cultural da *generación del 98* tendências, por um lado, para o ensimesmamento – o viver o drama espanhol, como queria Unamuno – e, por outro, a abertura de Espanha para a Europa, com uma espécie de superação do recalque

139

²⁶ Cf. TOURRAINE, Alain. *Um novo paradigma*: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, *maxime* p. 48-49. Título original: *Un nouveau paradigme*.

daqueles que, como Ortega y Gasset, entendiam existir um abismo separando seu país de tudo o mais.²⁷ Há, pois, questões peculiares de cada Estado e cada povo que, no entanto, não podem passar pela homogeneização de políticas.

Para Castells, na medida em que “[...] poderes significativos que afetam a vida dos cidadãos foram transferidos à União Europeia [...] e algumas decisões essenciais sobre política econômica foram tornadas ‘automáticas’ sob o controle, no futuro próximo, do Banco Central europeu, a capacidade dos cidadãos para influenciar essas decisões foi reduzida de forma considerável”,²⁸ ou, por outras palavras, as decisões tomadas em bloco para os Estados comunitários passaram a implicar *déficit democrático* e uma mitigação da própria ideia até há pouco comum entre estudiosos acerca da soberania. Indiscutivelmente, esta é uma categoria a requerer uma (re)definição.

Novos paradigmas político-jurídicos

A experiência político-constitucional europeia de criação do *welfare state* (que se irradiou por todo o mundo ocidental democrático, tornando-se modelo para a estruturação de um sistema de direitos sociais e de novos deveres para o Estado moderno – podendo-se dizer tratar-se da *onda* do constitucionalismo²⁹ moderno – que em inícios do século XX deixava de ser mínimo para assumir uma ampliada gama de funções) passou a ser obscurecida pela trama problemática decorrente do excessivo peso do Estado. O aumento da população idosa e a estagnação demográfica na Europa, *v.g.*, foram alguns dos fatores para que os custos com a previdência social e com a saúde tivessem aumento exponencial sem que as receitas fossem suficientes para lhes fazer frente. As primeiras hipóteses para a solução disso vieram, nos Estados Unidos, com Reagan e, na Europa insular, com Margaret Thatcher, pretendendo ambos, no campo das políticas econômicas e sociais, uma redução do tamanho do Estado, com um efeito danoso para a identidade política de seus povos: afinal, o modelo do bem-estar social, visto como aspecto irrenunciável do constitucionalismo moderno do ocidente democrático, era colocado em causa, na mesma medida em que os cânones neoliberais eram apresentados como *a solução*. Este estado de coisas pare-

²⁷ Cf. COSTA, Joaquín. *A ignorância do direito*. Tradução, notas e apresentação de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2008, *maxime* p. XII-XXIV. Título original: La ignorancia del Derecho.

²⁸ CASTELLS, 2007, p. 402.

²⁹ A expressão é de HAURIUO, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 1968. p. 75. No que concerne ao período em que surgem as constituições que tratam do bem-estar social, o publicista francês classifica-o como a *troisième vague*, quando os grandes impérios, incluído o russo, encontram seu fim e surgem duas vertentes constitucionais: a do modelo soviético, que procura forjar uma democracia popular; e os modelos da Europa central, marcados pela racionalização do sistema parlamentar (p. 77-78).

ce mais evidente entre os europeus que, ciosos de seu patrimônio constitucional, tanto por meio de grupos de pressão como por sua intelectualidade, vêm manifestando sua oposição.

É verdade que a União Europeia, de fronteiras econômicas intracontinentais abertas, logrou êxito em tornar-se independente dos impérios econômicos norte-americano e japonês, além de dinamizar o crescimento dos Estados comunitários, inclusive mitigando os impactos políticos e institucionais provocados pelos problemas relacionados com o bem-estar social. Mas a custo do sacrifício das ideias de Estado-nação e do conceito que lhe vai atrelado, o da soberania,³⁰ pode ser equacionado por meio de novos experimentos nos planos econômico, político e jurídico pensados em termos transnacionais. Isso vem ocorrendo de forma não tão dramática como pensa Faria, que refere que a transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo acarreta ao pensamento jurídico uma “[...] situação análoga àquela em que se achava o pensamento econômico no término dos tumultuados anos 20; ou seja: frente ao desafio de encontrar alternativas para a exaustão paradigmática de seus principais modelos teóricos e analíticos [...]”.³¹ Afinal, o laboratório onde se constroem os modelos econômicos, políticos e jurídicos transnacionais, a União Europeia, vem operando em sintonia com a transição dos paradigmas, que não é europeia, mas mundial. Por outras palavras, queremos com isso dizer que o horizonte da transnacionalidade não é homogêneo nem localizável apenas neste *hic et nunc* histórico europeu, mas contém os fenômenos da globalização – ou das globalizações – e do neoliberalismo, sendo também por eles influenciado, e só pode ser entendido pela visão abrangente sobre o processo de mudança de paradigmas.

Mas, quando chegamos a este ponto, parece necessário um entendimento cartesiano sobre como tratar de duas categorias fundamentais, a princípio muito próximas, mas que, na visão de Sousa Santos, devem ser delimitadas conceitualmente para, teoricamente e estrategicamente, servirem de ponto de partida para o trato dos problemas deste período de transições: a transnacionalidade e a globalização.

Transnacionalidade e globalização: diferenças conceituais

Como antes deixamos entredito, o momento contemporâneo de transição de paradigmas não pode ser entendido por modo diverso daquele que lança o

³⁰ Ao tratar do sistema de Estados-nação soberanos, HAURIOU, 1968, p. 80-81, perspectivando sua delimitação conceitual a partir do fenômeno de descolonização, refere que sua origem não se trata apenas de uma afirmação cultural e ideológica, mas da própria soberania, aqui entendida como a representação de duas faces: uma que expressa as relações exteriores e outra que se constitui das relações entre governantes e governados.

³¹ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 13.

olhar para um amplo e complexo horizonte onde se encontram dispostos elementos histórico-culturais, que de forma imediata ou transversa conotam com o instrumental jurídico, econômico e político das sociedades. No mundo ocidental e democrático, contudo, a diminuição das distâncias culturais decorrente da intensificação das relações entre os povos, mediada pela revolução técnico-comunicativa (a *internet* e a imprensa televisiva transmitida em tempo real tornam tudo aparente, mesmo para o mais renitente e incrédulo dos espectadores), dá-nos a impressão de estarmos inseridos numa única e global sociedade, em que os problemas não mais são nacionais ou locais, mas universais; e tanto a questão ambiental da Amazônia como o derretimento das geleiras do hemisfério norte, *v.g.*, passam a ser de interesse de todos, exigindo políticas que ultrapassem o âmbito dos governos locais, de forma que as novas pautas políticas, como as que foram inauguradas pelo *meeting* do Rio, em 1992, mais conhecido como Eco-92, sejam de todos os governos; e não é por outro motivo que Ferrer e Cruz referem que:

142

[...] a globalização pode ajudar em três sentidos: poder fazer evidente a interdependência; ter despertado o pluralismo da diversidade e ter ampliado a várias camadas da população mundial a sensação de pertencer a uma realidade transnacional e, também, transestatal, capaz de despertar os vínculos de solidariedade imprescindíveis para a emergência de uma sociedade global [...];³²

emergindo, disso, um canal por onde trafegam as questões problemáticas da globalização e hipóteses de solução *tout court* transnacionais.

Com isso, queremos dizer que uma ideia conota a outra; que a globalização, seus problemas e as projeções para o porvir das sociedades devem ser tratados nos fóruns dos governos transnacionais; mas que, também, se trata de categorias diversas, a requererem delimitação conceitual. Passaremos a apresentar o delineamento conceptual de globalização a partir da visão crítica de Boaventura de Sousa Santos, ao passo que a ideia de transnacionalidade, será tratada lateralmente, devendo arrimar-se em outros autores, uma vez não ter sido esta categoria trabalhada pelo sociólogo conimbricense.

Globalização ou globalizações? A proposta sociológica de Sousa Santos

Boaventura de Sousa Santos faz uma percuciente análise sociológica do momento contemporâneo, que não é apenas o relato deste *hic et nunc* histórico,

³² FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. *A crise financeira mundial, o Estado e a democracia econômica*. Artigo gentilmente cedido pelo segundo autor, ainda inédito.

Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia...

por muitos, incluindo o professor da Universidade de Coimbra, visto sob o signo da quase total anomia que derrui os valores culturais dos povos: sua contribuição está no afloramento de uma crítica a este estado de coisas e na apresentação de propostas para a retomada do sentido humanista de preservação das culturas, especialmente daquelas sob o constante risco imposto pelas culturas globalizantes. Convém salientar, no entanto, que sua leitura deve ser avançada de forma acautelada: se, por um lado, Sousa Santos tem o mérito de fugir ao etnocentrismo europeu, tratando dos dois grandes pólos civilizacionais, o do norte hegemônico e o do sul representado pelas questões dramáticas das nações periféricas, por outro lado seu olhar é invariável e ideologicamente engajado, o que transparece na carga crítica sobre o modelo de sociedades capitalistas e na virada neoliberal dos antigos Estados-providência. Tentemos, então, lê-lo.

Sublinha, antes de mais nada, que tem sido comum referir-se sobre globalização em termos mais ou menos parecidos com os utilizados por Giddens, para quem o fenômeno se constitui pela “[...] intensificação de relações sociais que unem localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice-versa”.³³ Sousa Santos, no entanto, rejeita esse reducionismo, afirmando tratar-se de “[...] um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo. Por esta razão, as explicações monocausais e as interpretações monolíticas deste fenômeno parecem pouco adequadas”.³⁴ E, em razão dessa complexidade conceitual, o autor estabelece metodicamente a forma de escrutinar o fenômeno, que é estabelecido dentro do quadro histórico; de sua caracterização sociológica; e os caminhos tracejados pela globalização para a humanidade.

No quadro histórico do fenômeno, verificam-se as transformações no modelo de produção pelas empresas multinacionais, “[...] convertidas em actores centrais da nova economia mundial”.³⁵ A produção, antes de modelo fordista, passa a ser flexível e mediada pelos investimentos em níveis globais; a mobilidade das grandes empresas é orientada pela procura dos menores custos; de sorte que se verificam repercussões nas políticas econômicas nacionais, cada vez mais direcionadas à abertura para o mercado mundial, na mesma medida em que os preços domésticos devem adequar-se aos preços internacionais.³⁶

Sousa Santos também entende que a globalização econômica é arrimada no consenso econômico neoliberal, que apresenta as seguintes inovações: “restrições

³³ Apud SANTOS, Boaventura de Sousa. Linha de horizonte. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 26.

³⁴ Id.

³⁵ Ibid., p. 29.

³⁶ Id.

drásticas à regulação estatal da economia; novos direitos de propriedade internacional [...]; subordinação dos Estados nacionais às agências multilaterais, tais como o Banco Mundial, o FMI e a Organização Mundial do Comércio”.³⁷ Como é sabido, essa reestruturação ditada pelo neoliberalismo implica a diminuição do Estado naquelas áreas concernentes à política do bem-estar. Por isso, o sociólogo menciona o reaparecimento de desigualdades sociais, na mesma medida em que “[...] uma classe capitalista transnacional está hoje a emergir cujo campo de reprodução social é o globo enquanto tal e que facilmente ultrapassa as organizações nacionais de trabalhadores, bem como os Estados extremamente fracos [...]”.

Em outro nível de análise, mas partindo de idênticas bases em relação ao que vinha expondo – nomeadamente, as condições da economia mundial capitalista e o sistema interestatal moderno e a globalização articulada com a sociedade de consumo e a sociedade de informação –, Sousa Santos entende que na atualidade estão surgindo novas hegemonias culturais, políticas e de mercado. A resposta para esse Estado de coisas deve encontrar-se, prossegue o sociólogo, em movimentos contra-hegemônicos.³⁸

144

É natural que haja dificuldades para um bom arranjo de ideologias, bandeiras políticas e filosóficas para o contrabalanço do peso da globalização hegemônica. Tudo o que se constata é a fragmentariedade dos movimentos de oposição: não há articulação entre as causas feministas, de trabalhadores, de propostas de políticas sociais, de políticas ambientais etc. Mesmo assim, Sousa Santos entende que, ao longo das últimas décadas, criaram-se condições ideais para a globalização contra-hegemônica, por exemplo, em razão do aumento das interações transfronteiriças,³⁹ que, se não restaura os antigos limites conceituais do Estado-nação e não lhe dá a primazia na direção de objetivos das sociedades nacionais, faculta, pelo recurso ao conhecimento-emancipação e à solidariedade, o enfrentamento da cultura política transnacional.

Transnacionalidade e sua dificuldade conceitual

Ao analisar o fenômeno da globalização, sem deixar de perscrutar os aspectos socioeconômicos do momento de transição de paradigmas, Sousa Santos pespega a noção de transnacionalidade, em seu trabalho ambientada na questão cultural e na de economia. Escreve, então, acerca de transnacionalidade cultural ou de transnacionalidade de meios de produção etc., dando-nos a entender que estas são expressões correlatas ao fenômeno da globalização. No entanto, fica a

³⁷ SANTOS, 2005, p. 31.

³⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. p. 84.

³⁹ SANTOS, 2006, p. 216.

Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia...

dever-nos um conceito claro e objetivo. Isso não é, diga-se, tarefa fácil, uma vez que, enquanto se fazem concertos para a melhor integração dos Estados comunitários ou entre Estados com interesses convergentes para a solução de questões sociais, ambientais ou econômicas, a ideia de transnacionalidade vai pouco a pouco sendo substanciada.

Stelzer, ao tratar da estruturação da União Europeia e do fenômeno da globalização, concorda com Sousa Santos ao observar o enfraquecimento do Estado-nação, referindo que “[...] o Estado nacional já não é mais visto como poder soberano (*summa potestas*), enfrentando, assim, uma desconhecida e inusitada crise”.⁴⁰ E ao perguntar-se sobre o papel reservado ao Estado na sociedade da globalização, a autora constata que “[...] o Estado vê sua dissolução estampada pelo avanço do poder econômico das megacorporações, pelo anseio neoliberal de uma expansão sem controle e, até mesmo, pela sua população, descrente que está de sua função pública de proporcionar segurança, emprego, saúde, educação, entre outras funções sociais”.⁴¹ Em suma, o Estado já não é o eixo central em torno do qual gravitam a identidade cultural de uma sociedade, seus anseios e projetos para seu porvir; mas é, a um só tempo, uma entidade política cada vez mais plural e politicamente interdependente; os problemas do mundo globalizado não podem ser tratados sem um concerto entre os diversos Estados afetados.

No caso da União Europeia, Stelzer conclui que sua integração econômica conota, iniludivelmente, com o aspecto supranacional: “Dependendo do grau de integração a ser alcançado, a verdadeira união somente é alcançada fazendo-se sentir as marcas da supranacionalidade”,⁴² que nos desperta para a compreensão de um organismo superior estabelecido para coordenar os Estados comunitários, como ocorre com o Tribunal Europeu. Mas, aqui, esta é apenas uma das ideias que emergem desta quadra histórica de transição de paradigmas que (em certa medida – e apenas isso) se aproxima do conceito transnacionalidade.

Ao tratarem do tema e visando estabelecer as bases epistemológicas para um direito que tende a emergir do quadro anteriormente desenhado – o direito transnacional –, Cruz e Bodnar entendem o

[...] Estado transnacional como sendo a emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos e livres das amarras ideológicas da modernidade, decorrentes da intensificação da complexidade das relações globais, dotados de capacidade jurídica

⁴⁰ STELZER, Joana. *União europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade?* 2. ed., 5. tir., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009. p. 87.

⁴¹ *Ibid.*, p. 88.

⁴² *Ibid.*, p. 94.

de governança, regulação, intervenção – e coerção – e com o objetivo de projetar a construção de um novo pacto de civilização.⁴³

Numa palavra, é possível ver a transnacionalidade – nas suas vertentes política, econômica e jurídica – como decorrência inarredável do fenômeno da globalização – ou das globalizações, como quer Sousa Santos –, mas que, diferentemente da supranacionalidade, elege espaços para o tráfego das questões comuns dos Estados, onde o diálogo é democrático e consensual.

Da democracia dos modernos à democracia da pós-modernidade

O quadro aqui debuxado coloca em destaque duas situações do mundo contemporâneo: a) a transposição de fronteiras (culturais, econômicas, tecnológicas e políticas), com a intensificação de relações entre os povos, que corresponde ao fenômeno da globalização; b) o envelhecimento do modelo de Estado da modernidade, que, por um lado, se arrima no conceito de unidade política, ao qual vai atrelada a ideia de soberania e, por outro lado, adjetivado como Estado constitucional, que não mais responde às demandas globalizadas. O encurtamento das distâncias entre os povos, com o tráfego de meios dinâmicos de produção e a necessidade de redesenho de mecanismos políticos e econômicos, põe em causa o eixo sobre o qual se desenvolveram os Estados a partir do século XIX, que é formado por elementos legitimadores de sua existência, a soberania e a unidade política. Para além disso, alguns autores, como Sousa Santos, denunciam a defasagem existente entre os povos hegemônicos, com potencialidade globalizante, e os da zona periférica, que são sufocados cultural e economicamente, podendo ser subjugados. Isso conduz a uma outra instância de problemas, absolutamente diversos dos que se verificavam no século passado. Como mitigar os efeitos da quebra de paradigmas?

Antes de mais nada, devemos sublinhar que a situação problemática não pode ser enfrentada prescindindo-se do Estado. Primeiro, porque a transformação das sociedades globalizadas, representadas por uma pluralidade de Estados, numa sociedade mundial, sem Estados, enfrentaria, no atual estágio civilizacional, a oposição da diversidade. As sociedades, especialmente as ocidentais, são plurais, estruturadas em localismos culturais, cada qual exigindo reconhecimento de sua condição individual; já para não se falar das diferenças no eixo leste-oeste, que chegam a posições extremadas de ocidentalismo⁴⁴ e orientalismo. Em segundo lugar, porque parecem não existir na estrutura social condições para a

⁴³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 26, n. 1, p. 159-176, jan./jun. 2010.

⁴⁴ A propósito, cf. HUNTINGTON, Samuel P. *The clash of civilizations and remaking of world order*. Londres: Free Press, 2002.

Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia...

autoconformação e a auto-organização, de forma que a estrutura e as instituições políticas são consideradas indispensáveis. Contudo, os modelos supranacionais de solução de conflitos e de regulação de direitos internacionais pela ONU não têm dado mostras de efetividade; por um lado, por não considerarem as possibilidades multilaterais que estão em jogo no cenário conflituoso; por outro lado, por deixarem escapar situações dramáticas de povos que sequer lograram a autodeterminação, como ocorre no Chipre e no Curdistão, além de não terem meios para dissolver conflagrações, como as que ocorrem em diversos pontos do norte da África e do mundo árabe. Diga-se, aliás, que essas categorias de conflitos estão longe do tipo de dissolução por consenso e pelos diálogos multilaterais, o que põe em causa a validade dos organismos internacionais.

No entanto, ao pensar-se em situações problemáticas cujo objeto não é de disputa, mas é compartilhado por uma diversidade de Estados, e que afetam não exclusivamente um povo, mas várias nações ou, até mesmo, a humanidade, como as que foram aqui referidas, em relação ao meio ambiente e à economia, só se alcançará um bom nível de tratamento mediante consenso de Estados diretamente interessados, sem a necessidade, contudo, de coordenação supranacional. Não é por outro motivo que se fala da criação de espaços transnacionais.⁴⁵

Já se foi um pouco mais longe em termos de desenvolvimento da categoria transnacional, para se pensar na fundação do Estado transnacional,⁴⁶ talvez, pensamos nós, por não se enxergar um modelo de organização política que transcenda os limites conceituais de Estado. Mas, a princípio, a ideia parece esbarrar, pelo menos no estágio atual, na fronteira da autodeterminação dos povos, e não será demais aqui lembrar o que se sucedeu com a experiência de criação da Constituição europeia, quando houve a recusa popular do documento político em França e Holanda. No entanto, não discrepa da realidade, no plano prático, a aceitação de espaços transnacionais para tratarem de problemas comuns de Estados organizados por blocos. Assim, da mesma forma que hoje a Comunidade Europeia estabelece pautas políticas não só para economia, mas para estratégias de combate a certas modalidades criminosas e cooperação no âmbito de segurança, pode-se imaginar o surgimento de outros espaços transnacionais. A UNASUL – União das Nações Sul-Americanas, *v.g.*, poderá vir a colocar em diálogo seus doze Estados integrantes, para estabelecerem, de forma efetiva, políticas econômicas, culturais e sociais de interesse de seus povos, como já permitem entender seus objetivos institucionais.⁴⁷

147

⁴⁵ BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 189. Título original: *Was ist globalisierung? Irrtümer des globalismus: Antworten auf globalisierung.*

⁴⁶ *Ibid.*, p. 190-200.

⁴⁷ UNASUL. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>>. Acesso em: 16 nov. 2011.

O palco das relações transnacionais, como se vê, não se confunde com o esquema de solução de situações problemáticas por organizações internacionais. Primeiro, porque ele decorre de um momento histórico em que o isolacionismo – constatável ao tempo da *guerra fria* – cedeu lugar às relações mais estreitas entre os Estados; dessa maneira, já não haverá condição de preeminência para certos Estados alinhados com a esquerda ou com a direita, com a finalidade de exercer influência na política internacional (o surgimento do BRIC – grupo formado por Brasil, Rússia, Índia e China – equilibra as relações econômicas protagonizadas pelo G-8, formado por Estados Unidos, Japão, Alemanha, Reino Unido, França, Itália, Canadá e Rússia; da mesma forma, hoje a Turquia aparece, ao lado dos Estados europeus, como mediadora de situações conflituosas no mundo árabe; e as decisões de política internacional não estão mais polarizadas entre Estados Unidos de um lado, França e Inglaterra de outro). Em segundo lugar, porque a ideia de direitos humanos vem ganhando projeção universal, *de facto*, seja pelas possibilidades criadas pelo encurtamento de distâncias (as ações humanitárias governamentais, bem como de organizações não governamentais chegam aos mais distantes povos, *v.g.*, na África, diferentemente do que se via no século passado, quando a Comunidade Internacional pouco interferia), seja pela consciência histórica a se propagar em ondas acerca das prerrogativas e qualidades humanas (e mesmo entre povos de estrutura cultural homogênea, ou submetidos ao sistema teocrático, verificam-se insurgências contra a opressão, como se viu, ao longo de 2011, no mundo árabe, no fenômeno que ficou conhecido como *primavera árabe*); em razão disso, pode-se dizer haver na contemporaneidade um empenhamento de ações que atende ao princípio da solidariedade, maior compromisso da comunidade de Estados, para além de um tabuleiro no qual o jogo político se realiza entre vários jogadores. Esse novo contexto mundial permite alinhar um conceito de democracia pós-moderna.

Se, por um lado, as teorias contratualistas da formação do Estado se alicerçavam na noção de poder democrático (tanto a teoria hobbesiana, que dava origem ao modelo de governo autocrático, como as teorias de Jean-Jacques Rousseau e de Locke, que davam origem ao sistema democrático, fundavam-se justamente no consenso geral dos homens de após *status naturalis*), percebendo-se no trabalho dos filósofos políticos uma vertente ideológica que levava a crer nos fundamentos democráticos da formação do Estado;⁴⁸ por outro lado, com o surgimento do Estado moderno de após Independência Norte-americana e Revolução Francesa de 1789, as condições de seu exercício no plano prático-político passaram do aspecto formal – o direito dos cidadãos de elegerem e serem eleitos para cargos políticos –, para uma configuração substantiva, que não

⁴⁸ REY CANTOR, Ernesto. *Teorías políticas clásicas de la formación del Estado*. 3. ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1996.

Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia...

apenas reivindicará a otimização de mecanismos de inclusão, mas deverá estar concorde com um conjunto de valores ético-sociais. Ambas as posições categoriais, ao fim e ao cabo, são expressões legitimadoras do Estado moderno. No entanto, não se pode negar que a democracia agregou novas dimensões e atualmente já se pode falar de um conjunto de valores éticos que a substantivam em espaços muito mais amplos, transpondo territórios nacionais. A preocupação com a preservação do meio ambiente e o interesse de intervir nessa questão parecem ser exemplos lídimos disso. Há, com efeito, organizações formadas por pessoas de diversas nacionalidades tratando da floresta amazônica, da pesca predatória e da emissão de poluentes na atmosfera. Já não se fala da proteção ambiental de um Estado ou de um território determinado, mas de todo o planeta. É diante dessa circunstância que se poderá falar de uma democracia substantiva transnacional.

De forma mais desenvolvida, e após constatar a insuficiência do Estado constitucional moderno, Cruz pensa na realização de um novo *contrato social*, de dimensão transnacional, cuja discussão teórica se radicará: na erradicação da pobreza, na sustentabilidade ambiental, na garantia de educação para todos e no sentido ético para a vida humana.⁴⁹ As concretizações nesse sentido, embora não devidamente arranjadas teoreticamente, já são perceptíveis e colocam-se como um novo horizonte para os estudiosos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

149

As transformações observadas na sociedade humana, especialmente a partir dos fins dos anos 1980, tanto na ciência e tecnologia quanto nas relações econômicas e de produção, bem como o fim da *guerra fria*, causaram, inapelavelmente, fissuras no paradigma de Estado moderno, que já não atenderá às demandas da contemporaneidade; seja porque sua estrutura organizacional colide com a dinâmica da economia e das regulamentações globalizadas, seja porque a pura e simples reivindicação de soberania (como poder total e incontestável) impõe entraves no relacionamento dos Estados no cenário mundial.

A ideia de comunidade global, de muitas formas proclamada pela sociologia, e determinados fenômenos culturais que tendem a esbater as fronteiras também colocarão em causa a teoria do Estado como unidade. Mas nem por isso se poderá prescindir da organização política, tal como a que emana do Estado, por diversas razões, inclusive a que se refere à impossibilidade de estruturação auto-poietica da sociedade humana.

No entanto, a consciência histórica do homem, que lhe permite entender algumas de suas prerrogativas sob a cláusula da irrenunciabilidade, disso decor-

⁴⁹ CRUZ, Paulo Márcio. *Da soberania à transnacionalidade*. Democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011. p. 41.

Isaac Sabbá Guimarães

rendo não apenas a agregação e a especificação de direitos humanos, mas a exigência de seu respeito, torna inviável – ou, pelo menos, mitiga – a determinação de política internacional por meio de potências hegemônicas. A discussão sobre a guerra no Iraque após o *11 de setembro* demonstra-o bem, na medida em que a crítica contra o unilateralismo é uma forma de postular a atuação multilateral, com a participação de mediadores e demais interessados numa solução menos afluiva para os direitos humanos. Uma mais bem-acabada noção de solidariedade também permite que os problemas da humanidade sejam tratados por diversos atores políticos (aqui se incluindo as organizações não governamentais e os grupos de pressão). E, ainda, a preocupação com os novos problemas do planeta, que são de todos e não de certos povos, permite a estruturação de um novo conceito de democracia.

A democracia da contemporaneidade poderá exercer-se, sob a forma de um novo contrato social, em espaços transnacionais, nos quais os interesses comuns e a abstenção de disputas permitirão o trato dos novos problemas das sociedades sem se recorrer a órgãos de execução inter ou supranacionais.

REFERÊNCIAS

150

BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: *Was ist globalisierung? Irrtümer des globalismus: Antworten auf globalisierung*.

BELKIN, Samuel. *A filosofia do Talmud*. Tradução de Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Êxodus, Sêfer, 2003. Título original: *In his image – the jewish philosophy of man as expressed in rabbinic tradition*.

BÍBLIA HEBRAICA. Versão de David Gorodovits e Jairo Fridlin (baseada no hebraico e à luz do Talmud e das fontes judaicas). São Paulo: Sêfer, 2006.

CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. Título original: *End of millennium*.

CÍCERO. *Tratado das leis*. Tradução de Marino Kury. Caxias do Sul: Educus, 2004. Título original: *De legibus*.

COSTA, Joaquín. *A ignorância do direito*. Tradução, notas e apresentação de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2008. Título original: *La ignorancia del derecho*.

CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do direito constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio. *Da soberania à transnacionalidade*. Democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 26, n. 1, p. 159-176, jan./jun. 2010.

CÍCERO. *Dos deveres*. Tradução, introdução e notas de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70. Título original: *De officiis*.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 129-152, jan./jun. 2012

Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia...

- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. *A crise financeira mundial, o Estado e a democracia econômica*. Texto inédito.
- HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 1968.
- HELLER, Hermann. *Las ideas políticas contemporáneas*. Tradução de Manuel Pedroso. Barcelona: Editorial Labor, 1931.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: *Staatslehre*.
- HUNTINGTON, Samuel P. *The clash of civilizations and remaking of world order*. Londres: Free Press, 2002.
- JOSEFO, Flavio. *Sobre la antigüedad de los judíos. Autobiografía*. Tradução, introdução e notas de José Ramón Busto Saiz e Victoria Spottorno Díaz-Caro. Madrid: Alianza Editorial, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: *General theory of law and state*.
- MOSSÉ, Claude. *Atenas: a história de uma democracia*. Tradução de João Batista da Costa. 3. ed. Brasília: UnB, 1997. Título original: *Histoire d'une démocratie*: Athènes.
- REY CANTOR, Ernesto. *Teorías políticas clásicas de la formación del Estado*. 3. ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1996.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Linha de horizonte. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- STELZER, Joana. *União europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade?* 2. ed., 5. tir., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009.
- TOURRAINE, Alain. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Título original: *Un nouveau paradigme*.
- UNASUL. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>>. Acesso em: 16 nov. 2011.

151

Data de recebimento: 17/4/2011

Data de aprovação: 4/9/2012

**O TRABALHADOR E O HIV/AIDS:
A DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E O PRINCÍPIO
DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**THE WORKER AND THE HIV/AIDS:
DISCRIMINATORY DISMISSAL AND THE PRINCIPLE
OF HUMAN DIGNITY**

*Saul de Oliveira Sichonany Neto**

RESUMO

Na década de 1980, descobriu-se o HIV, vírus causador da AIDS, ao qual foram aliadas muitas mistificações, tanto em relação aos primeiros grupos infectados, homossexuais masculinos e usuários de drogas injetáveis, chamados grupos de risco, quanto pela inexistência de cura e morte rápida. Em pouco tempo, descobriu-se que o vírus podia infectar qualquer pessoa, e não apenas aqueles que faziam parte dos grupos de risco. Por meio do medo gerado na população, vieram o preconceito e a estigmatização, a exclusão do convívio social do portador do HIV e do indivíduo doente de AIDS. Mesmo após mais de três décadas de tal descoberta, a discriminação ainda persiste. Essa estigmatização é uma afronta à Constituição Federal, ferindo os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. No presente trabalho, far-se-á a análise da discriminação contra os trabalhadores soropositivos, que muitas vezes são dispensados arbitrariamente, sendo dever do Estado, por meio do Poder Judiciário, combater e reparar esse ato discriminatório.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana; Soropositivo; Estigmatização do trabalhador.

ABSTRACT

In the 80s, HIV was discovered, the virus that causes AIDS, which came together with many mystifications by both the very first groups infected, composed by homosexual men and injection drug users, called risk groups, and the non-existence of a cure to the disease and its rapid death. Very soon, it was discovered that the virus could infect anyone, not just those in risk groups. Through fear generated in the population came prejudice

* Mestrando em Direito na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Especialista em Direito Tributário pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). E-mail: saul_neto3@hotmail.com

and stigmatization, and then the exclusion from social contact of those HIV carriers and the sick patients with AIDS. Even after more than three decades of discovery such discrimination still persists. This stigmatization is an affront to the Constitution, injuring the principles of equality and human dignity. In the present work, it will be done an analysis of discrimination against HIV positive workers, who are often arbitrarily dismissed, and it is a duty of the State, through the judiciary, to combat and to remedy this discriminatory act.

Keywords: Dignity of the person human being; HIV affected; Stigmatization of workers.

INTRODUÇÃO

110

Na década de 1980, foi descoberto o vírus HIV, causador da AIDS. Ao surgimento dessa doença foram aliadas muitas mistificações, tanto em relação aos primeiros grupos infectados, homossexuais masculinos e usuários de drogas injetáveis, chamados grupos de risco, como pela inexistência de cura e morte rápida. Em pouco tempo, descobriu-se que o vírus podia infectar qualquer pessoa, e não apenas aquelas dos grupos de risco. Com as mistificações, vieram o preconceito e a estigmatização, a exclusão do convívio social do portador do HIV e o doente de AIDS. Mesmo com as descobertas das formas de contágio, a discriminação persiste ainda hoje, partindo da família, do grupo social e no ambiente de trabalho. O preconceito contra os soropositivos fere princípios constitucionais, em especial o Princípio da Igualdade e a Dignidade da Pessoa Humana, sendo esta estigmatização um fator que acaba por retirar, em muitos casos, os meios de vida digna das pessoas, como na dispensa discriminatória do trabalhador portador do vírus. Diante disso, é dever do Estado e da sociedade civil desenvolver meios de combate a esse preconceito e de reparação às vítimas do ato preconceituoso.

As discussões sobre o tema datam da década da descoberta do vírus em humanos, portanto, não é recente. Porém, ainda existe grande estigmatização em relação ao infectado pelo HIV, o que demonstra a importância da abordagem dessa temática, uma vez que ainda não foi esgotada a discussão. Em virtude da epidemia evidenciada no fim da década de 1980 e no início da década de 1990, grande quantidade de autores, tanto da área do direito como da sociologia e saúde, dedicou tempo para escrever sobre o tema. Ocorre que, com a criação de medicamentos que controlam a doença e dão uma sobrevida de mais de quinze ou vinte anos, dependendo do caso, pouco tem se escrito atualmente.

Diante do exposto, o artigo foi dividido em duas partes. Na primeira, far-se-á uma análise sobre o HIV e AIDS, verificando a evolução do vírus e da doença, desde o seu surgimento até os dias atuais, com enfoque para o preconceito e a discriminação dos infectados pelo vírus. Na segunda e última parte,

verificar-se-á qual o papel do Estado no combate/reparação ao preconceito, com a análise de um exemplo em que o Estado combate e repara a discriminação por meio do Poder Judiciário, discriminação esta advinda da dispensa arbitrária do trabalhador soropositivo.

AIDS E ESTIGMATIZAÇÃO: TRÊS DÉCADAS DE PRECONCEITO

O vírus HIV,¹ causador da AIDS,² foi descoberto na década de 1980. A AIDS é uma doença que afeta o sistema imunológico do indivíduo, causando uma grave deficiência imunológica, eliminando células de defesa do organismo atacado.

De acordo com Dani Rudnicki:

A SIDA, conhecida popularmente como AIDS (sigla da denominação em língua inglesa), é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida: síndrome de conjunto de sintomas ou sinais de doença; imunodeficiência do momento no qual o sistema imunológico de uma pessoa não pode proteger o corpo, o que facilita o desenvolvimento de diversas doenças; e adquirida do fato de que ela não é hereditária, depende de infecção pelo Vírus da Imunodeficiência Humana (VIH).³

O HIV é um dos menores seres vivos conhecidos, necessitando infectar outras células para que se desenvolvam e se multipliquem, além de ter uma grande capacidade de mutação, o que pode causar resistência a determinados medicamentos, motivo pelo qual seu tratamento deve ser feito de forma regular, para que se evite a mutação viral.⁴ Como visto, as células-alvo do vírus são as responsáveis pelas defesas do corpo. Com o enfraquecimento do sistema imunológico, a probabilidade de acometimento de doenças é bem maior do que em um organismo saudável. Essas doenças que atacam o corpo devido à fragilização do organismo são chamadas de oportunistas. É a partir do aparecimento das infecções oportunistas que se caracteriza a AIDS.

Importante destacar que a AIDS pode não se manifestar quando da infecção pelo HIV, destacando Batista e Gomes que o “período que vai do momento da infecção até o surgimento dos primeiros sintomas da AIDS é denominado período de latência clínica, podendo durar dez anos ou mais”.⁵ Cumpre salientar, como muito bem recorda Azevedo, que não é a AIDS que causa a morte do indivíduo,

¹ Sigla na língua inglesa que significa “Vírus da Imunodeficiência Humana”, VIH em português.

² Sigla na língua inglesa que significa “Síndrome da Imunodeficiência Adquirida”, SIDA em português.

³ RUDNICKI, Dani. *AIDS e direito: papel do Estado e da sociedade na prevenção da doença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 18-19.

⁴ BATISTA, Rodrigo Siqueira; GOMES, Andréia Patrícia. *AIDS: conhecer é transformar*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 22.

⁵ *Ibid.*, p. 23.

Saul de Oliveira Sichonany Neto

mas as doenças oportunistas, que, na maioria das vezes, não causariam a morte de uma pessoa não portadora do HIV.⁶

Após estudos acerca dessa nova doença que ataca o sistema imunológico do corpo humano, descobriram-se as formas de contágio, que podem ser: pelo sangue, em transfusões sanguíneas ou pelo uso de seringas infectadas; pelo leite humano; e pelo sêmen.

O grande avanço tecnológico fez com que em meados de 84/85 definiu-se mais claramente que a transmissão do HIV (*Human Immunodeficiency Virus*) se dá na presença de esperma contaminado, transfusão de sangue e seus derivados contaminados, ou pelo uso de drogas intravenosas.⁷

Diante das formas de contágio, dois grupos de pessoas foram os primeiros a se infectar: os homossexuais masculinos, por meio do sêmen nas relações sexuais; e os toxicômanos, usuários de drogas injetáveis. Esses grupos de pessoas, por si só, já sofriam discriminação, seja pela cultura anti-homossexual existente no Ocidente, seja pelo uso que faziam de drogas, uma prática relegada pela sociedade aos marginais. A tais pessoas deu-se o título de grupos de risco.

A SIDA foi diagnosticada pela primeira vez em 1982. Aparece como uma nova doença; logo, porém, assume um caráter bem mais amplo, mostrando-se um poderoso fator de discriminação. Decorrência de características das pessoas então identificadas como portadores: homossexuais masculinos norte-americanos com idade entre os trinta e quarenta anos. Isso leva os médicos, respaldados pelos meios de comunicação, a pensar no surgimento de um *câncer gay* – denominação decidida sem ter base nem sequer no conhecimento do agente transmissor da Síndrome.⁸

Assim, a AIDS passou a ser conhecida como a doença dos homossexuais e dos drogados, estigmatizada desde seu princípio, desde a sua descoberta em humanos, como bem destaca Khamis, ao informar que no início dos anos 1980, em razão do desconhecimento do que causava a AIDS, “informava-se que ela era relativamente restrita aos chamados ‘grupos de risco’: homossexuais e usuários de drogas injetáveis”.⁹ Diante da desinformação de toda a sociedade e da classi-

112

⁶ AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. *AIDS e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 34.

⁷ HANAN, Janete. *A percepção social da AIDS: raízes do preconceito e da discriminação*. Rio de Janeiro: Revinter, 1994. p. 35.

⁸ RUDNICKI, 1996, p. 19.

⁹ KHAMIS, Renato Mehanna. *Dano moral: dispensa imotivada de portador do vírus HIV*. São Paulo: LTr, 2002. p. 69.

ficação dos grupos de risco, até mesmo porque não se sabia muito sobre a doença, muitas pessoas atribuíram o surgimento da AIDS a planos metafísicos, afirmando ser um castigo de Deus àquelas pessoas que se desvirtuaram da moralidade. Conforme relata Khamis, a “estigmatização do doente vinha aliada a uma ideia de ‘castigo divino’ que estaria sendo aplicada aos desafortunados, tal qual na Idade Média”.¹⁰

Com o passar do tempo e o número cada vez maior de infectados, o HIV deixou de ser “privilégio” dos grupos de risco, momento em que se passou a existir pessoas soropositivas em todas as classes e grupos da sociedade.

Comparada por alguns à grande peste que assolou a Europa na Idade Média, esta doença já extrapolou seus tradicionais grupos de risco – homossexuais masculinos, hemofílicos, viciados em drogas intravenosas e politransfundidos – para ser hoje uma possibilidade para toda a sociedade, trazendo pânico à população.¹¹

Dois fatores foram decisivos para a proliferação do vírus na sociedade. Primeiro, a grande massa de bissexuais existentes, que mantinham relações sexuais com parceiros homossexuais portadores do vírus e transmitiam para suas companheiras. Segundo, pela transfusão de sangue, haja vista a ausência de cuidados com os doadores de sangue.

Em poucos anos, todas as camadas sociais tinham portadores do vírus HIV.

Assim como a sífilis em épocas passadas, percebe-se uma perfeita manipulação dos fatores sexuais e econômicos de discriminação. Afinal, hoje, embora se tenha claro que a transmissão sexual da SIDA não é restrita ao comportamento homossexual e que, se a origem da epidemia foi realmente a África, a causa mais provável são as experiências de cientistas do Primeiro Mundo em território subdesenvolvido, a ideia inicial persiste no inconsciente coletivo, mesmo que o perfil atual da Síndrome seja de caráter pandêmico, atingindo todas as faixas etárias, independentemente de classe social e comportamento sexual.¹²

Mesmo se sabendo que ninguém está livre do risco de infecção, com o conhecimento das formas de transmissão do vírus, verifica-se que o simples contato social, familiar ou profissional não consegue transmitir o HIV. Assim, não se tem a contaminação por meio do beijo, do abraço, do compartilhamento de objetos. Destaca Khamis que é sabido “que não há qualquer risco de se contrair o vírus HIV nos contatos sociais, familiares ou profissionais, na manipulação de

¹⁰ KHAMIS, 2002, p. 69.

¹¹ HANAN, 1994, p. 37.

¹² RUDNICKI, 1996, p. 20.

Saul de Oliveira Sichonany Neto

objetos ou no convívio com pessoas portadores do vírus HIV”.¹³ Todavia, devido à ausência de informações, as pessoas portadoras do vírus eram, e continuam sendo, vítimas de todo o tipo de preconceito, sendo estigmatizadas pela sociedade, perdendo família, emprego, deixando de participar do grupo social que antes faziam parte. O portador do vírus HIV ou o doente de AIDS, ao ser diagnosticado como tal, recebe um verdadeiro atestado de óbito.

De acordo com Janete Hanan:

Este “atestado de óbito” assinado e sem data provoca reações de repulsa e negação, principalmente para o paciente, seus familiares e equipe de saúde, pois todos se veem às voltas com uma discriminação irracional e irrefletida, cujo poder parece ser inesgotável, [...].¹⁴

No mesmo sentido, escreve Dani Rudnicki:

O preconceito e a intolerância estampam-se nos discursos reacionários, onde se forma o *aidético*, categoria única, indivisível e, principalmente, separada da sociedade, das pessoas, dos seres humanos. Ele é um inimigo condenado à morte física, considerado sem utilidade para o desenvolvimento social. Tenta-se coisificá-lo.¹⁵

114

Até os profissionais da saúde, que deveriam prestar todo o suporte ao paciente, eram agentes estigmatizantes, negando-se muitas vezes a atender os portadores do vírus da AIDS. Como relata Hanan, que acompanhou a evolução da doença na sociedade desde a década de 1980, “grande parte da responsabilidade por esta corrente discriminatória no imaginário social advém dos próprios profissionais da saúde, que deveriam ser os primeiros a se informar para não deformar”.¹⁶

Da mesma forma, Rudnicki, que também experienciou a evolução da doença desde o seu começo, descreve o despreparo dos profissionais da saúde.

Se a discriminação parte até mesmo dos profissionais da área de saúde, pessoas teoricamente preparadas para atuar junto a doentes, imagine-se o que não ocorre com quem nunca teve noções a respeito de doenças, formas de infecção, etc. os horrores cometidos por essa ignorância leva a consequências nefastas, como o desrespeito de um dos mais básicos Direitos Humanos, o de *ir e vir*.¹⁷

¹³ KHAMIS, 2002, p. 70.

¹⁴ HANAN, 1994, p. 16.

¹⁵ RUDNICKI, 1996, p. 23.

¹⁶ HANAN, op. cit., p. 54.

¹⁷ RUDNICKI, op. cit., p. 29.

Ter AIDS é sinônimo de problemas, de sentir medo do restante da população, da possibilidade de contágio, devendo os “sadios” manterem distância daqueles que possuem essa doença, tal como em relação aos leprosos e tuberculosos em tempos passados. Ao se tornar soropositivo, enfrenta-se, além da angústia de ter uma doença incurável, o preconceito de vizinhos, familiares e até mesmo de profissionais da área da saúde.¹⁸ Portanto, o portador do vírus HIV e o doente de AIDS sofrem preconceito e discriminação em todos os âmbitos da sociedade, seja no grupo social em que frequentam, seja em suas famílias, seja no trabalho. Por exemplo, diversas empresas, ao descobrirem que um de seus funcionários é soropositivo, rompem o contrato de trabalho, sem justa causa, apenas pelo preconceito, pelo medo de ter um empregado portador de uma doença incurável. Relata Khamis que são incontáveis os casos em que são rompidos os contratos de trabalho dos portadores do vírus HIV, atos estes que vão além do direito potestativo do empregador, uma vez que disfarçam o real objetivo de afastamento do empregado portador do vírus.¹⁹ Devido a esse preconceito e discriminação dos soropositivos, a sociedade tratou de retirar a humanidade existente nessas pessoas, relegando-as a vidas marginais, sem contato com o meio social.

Eis a real dimensão da SIDA: um instrumento de preconceito e de discriminação, forma de alienação e desumanização.

O discurso do *aidético*, categoria única de um ser monstruoso, não serve apenas para estigmatizar os portadores ou detentos, é, antes de tudo, uma forma de dividir a sociedade: os sadios, bons, nós; e os doentes, sujos, maus, eles.²⁰

Nesse sentido, não é o medo da morte que atormenta os portadores do vírus HIV e os doentes de AIDS. Esse medo, atualmente, é controlado pelos coquetéis de medicamentos, que aumentam, em muito, a expectativa de vida e são garantidos pelo Estado gratuitamente. O que causa sofrimento a essas pessoas é a exclusão social, o distanciamento das demais pessoas gerado pelo preconceito.

Inúmeras pessoas portadoras de HIV já provaram que a morte não é o seu maior sofrimento: o sofrimento reside antes no abandono de que são vítimas por parte daqueles que dentre nós se fecham na convicção de sua superioridade social no que diz respeito à cor, à pobreza e ao modo de vida de outros, que passam a ser considerados como marginais, de pouca importância e indignos de cuidados.²¹

¹⁸ HANAN, 1994, p. 18.

¹⁹ KHAMIS, 2002, p. 80.

²⁰ RUDNICKI, 1996, p. 26-27.

²¹ HANAN, op. cit., p. 58.

Saul de Oliveira Sichonany Neto

Muitos dos infectados, diante da exclusão social a que foram submetidos, passaram e passam a não mais se considerar humanos como os demais. A desumanização dos portadores da AIDS pelos demais retira qualquer forma de dignidade, garantida a todos os brasileiros pela Constituição Federal. Além do princípio da dignidade da pessoa humana, outros direitos fundamentais outorgados pela Carta Magna são violados, como o princípio da igualdade.

Para complementá-la, cabe permitir à pessoa com SIDA a possibilidade de se assumir enquanto ser humano portador de um vírus. Chega de tratá-lo como um cadáver, de decretar sua morte civil. Só assim também ele poderá abandonar os estigmas que carrega e encarar sua individualidade, fator essencial para conquistar a cidadania.²²

Mesmo sendo conhecidas as formas de contágio, o número de pessoas infectadas anualmente em todo o mundo ainda é assustador. Desde a sua descoberta, na década de 1980, os casos de HIV e AIDS têm aumentado, o que tem gerado preocupação aos governantes, por se tratar de um grande problema de saúde pública. De acordo com informações da Organização das Nações Unidas – ONU, estimou-se que, no final do ano de 2010, eram 34.000.000 (trinta e quatro milhões) de pessoas infectadas pelo HIV, portadores do vírus ou doentes de AIDS, sendo que, nove anos antes, em 2001, a quantidade de pessoas infectadas era de 29.500.000 (vinte e nove milhões e quinhentos mil). Houve, portanto, um aumento de cerca de 17% no número de casos de portadores do HIV e doentes de AIDS nesse período. Importante lembrar que a maioria das pessoas infectadas e dos novos contágios encontra-se na África Subsaariana.

Com base no informe de Objetivos de Desenvolvimento do Milênio de 2012, expedido pelas Nações Unidas, verifica-se que o crescimento no número de pessoas infectadas se deu pela ampliação dos serviços de tratamento da doença, diminuindo, por consequência, o número de mortes em virtude da AIDS. Ainda, mister ressaltar que, no ano de 2007, os números de pessoas infectadas do sexo feminino eram maiores que os números de pessoas infectadas do sexo masculino, contabilizando cerca de 15.500.000 (quinze milhões e quinhentos mil) mulheres portadoras do HIV ou doentes de AIDS, enquanto a quantidade de homens era de aproximadamente 200.000 (duzentos mil) a menos, dentre as pessoas maiores de quinze anos.²³

²² RUDNICKI, 1996, p. 27.

²³ Todas as informações foram retiradas do “Informe de Objetivos de Desenvolvimento do Milênio”, dos anos de 2008 e de 2012, publicados pela ONU. Disponíveis em: <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/pdf/MDG_Report_2008_SPANISH.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2009; e <http://www.undp.org/content/undp/es/home/mdgoverview/mdg_goals/mdg6/>. Acesso em: 9 maio 2013.

No Brasil, de acordo com o último relatório de acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, emitido pelo Governo Federal em 2010, estimou-se que o número de portadores do vírus HIV era de 6n30.000 (seiscentos e trinta mil) infectados. De 1980, ano da descoberta do primeiro doente de AIDS no país, até junho 2009, foram notificados 544.846 (quinhentos e quarenta e quatro mil oitocentos e quarenta e seis) casos de AIDS no Brasil, excluindo-se desse número, por óbvio, os portadores do HIV que não desenvolveram a doença. As regiões Sul e Sudeste apresentaram maior número de infectados, cuja concentração foi maior na região Sudeste, em torno de 60% dos casos da doença registrados desde o começo da identificação. A taxa de incidência no ano de 2007 foi de 17,9 casos para cada 100.000 (cem mil) habitantes, média esta nacional, mas houve variações entre as regiões do país. Segundo esse relatório, no período de 2002 a 2009, identificaram-se, em média, 35.000 (trinta e cinco mil) novos casos de AIDS por ano.²⁴

Analisando os dados mundiais e os dados nacionais, pode-se verificar que o país representa por volta de 1,85% dos portadores de HIV e doentes de AIDS existentes em todo o globo terrestre, ou seja, é um número baixo se comparado com a África Subsaariana, que possui a grande maioria das ocorrências de infecções. Mesmo com pequena representatividade mundial, o número de infectados pelo vírus no país ainda é alto, devendo receber cuidados especiais por parte do Estado e da sociedade civil.

HIV/AIDS E O PAPEL DO ESTADO: O PODER JUDICIÁRIO ATUANTE NO COMBATE/REPARAÇÃO AO PRECONCEITO

Como visto alhures, após mais de 30 anos da descoberta do vírus HIV, o preconceito aos soropositivos ainda não deixou de existir, causando danos não apenas aos indivíduos infectados, mas também às pessoas que convivem com eles e que precisam prestar-lhe apoio. Nesse ínterim, o Estado deve ser responsável, aliado à sociedade civil, pelo combate a esse preconceito e pela reparação a essa vítima.

Verificou-se anteriormente que o Brasil conseguiu manter certa estabilidade no número de indivíduos infectados, em virtude da gratuidade na distribuição dos medicamentos para o tratamento do HIV e da AIDS e do Programa Nacional de DST e AIDS. De acordo com o Relatório das Principais Iniciativas do Governo Federal na busca do cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio:

²⁴ Informações retiradas do “Relatório Nacional de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio”, do ano de 2010. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/Docs/4_RelatorioNacionalAcompanhamentoODM.pdf>. Acesso em: 9 maio 2013.

Saul de Oliveira Sichonany Neto

O Programa Nacional de DST e aids desenvolve ações e atividades em prevenção ao HIV/aids e outras DST visando: 1) formular políticas no campo da saúde para reduzir a incidência do HIV/aids e outras DST e a vulnerabilidade da população brasileira a esses agravos; 2) promover a qualidade de vida das pessoas vivendo com HIV/aids; 3) e reduzir o estigma e os demais impactos sociais negativos do HIV/aids e outras DST, por meio de ações pautadas pela ética, pelo respeito à diversidade sexual, racial, étnica, social, econômica e cultural e pelo compromisso com a promoção e atenção à saúde, em consonância com os princípios e as diretrizes do SUS, contribuindo para a resposta global à epidemia.²⁵

O Governo Federal atua, portanto, no tratamento da doença, na redução do número de infecções anuais e na redução da estigmatização dos portadores do vírus e doentes de AIDS. Esse programa governamental ajuda, de certa forma, a desmistificar o HIV e a AIDS, demonstrando suas formas de contágio, bem como as condições reais das pessoas portadoras do vírus e doentes de AIDS.

Contudo, para que se erradique o preconceito do imaginário social, ações de prevenção da contaminação do vírus não bastam. É necessário que o Estado aja no combate direto à discriminação e na reparação do dano sofrido pelo indivíduo discriminado. Para exemplificar as ações do Estado, analisar-se-á uma situação, muito vivenciada pelos soropositivos, onde se busca combater o preconceito e reparar as vítimas. Cabe salientar que o caso aqui analisado não é a única atitude tomada pelo Estado no sentido de atacar o preconceito contra o soropositivo, servindo de exemplo a ser citado. Ainda, é importante ressaltar que a análise desse exemplo não tem a pretensão de esgotá-lo. Assim, será analisada a atuação do Estado por meio do Poder Judiciário. Esse exemplo trata do combate ao preconceito e da reparação da vítima. É o caso da dispensa de portador de HIV e doente de AIDS por motivos discriminatórios.

Diz Khamis que:

São inúmeros os casos de portadores do vírus HIV que têm seus contratos de trabalho rompidos, sem justa causa. São atos que vão além do direito potestativo do empregador, pois disfarçam o verdadeiro objetivo que é afastar o trabalhador infectado pelo vírus. São atos eivados de vício que podem ser caracterizados como fraude, merecendo a pronta resposta do Poder Judiciário para desconstituí-los.²⁶

²⁵ BRASIL. *Objetivos de desenvolvimento do milênio*: principais iniciativas do governo federal. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/TerceiroODM_%20CD200807.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2009.

²⁶ KHAMIS, 2002, p. 80.

De acordo com a citação, o rompimento do contrato de trabalho de empregado infectado pelo HIV sem justa causa, com caráter discriminatório, vai além dos poderes do empregador e é preciso que o Poder Judiciário tutele esse problema. O que se verifica nesse caso é a utilização por parte do empregador de um instituto jurídico previsto legalmente, qual seja, a dispensa sem justo motivo, para encobrir um ato discriminatório, o que deve ser rechaçado.

Segundo Sergio Pinto Martins:

O empregador pode dispensar o empregado sem justa causa cessando, assim, o contrato de trabalho. Para tanto, porém, deverá pagar as reparações econômicas pertinentes. O empregador tem um direito potestativo de dispensar o empregado, a qual este não pode se opor, salvo as exceções contidas na lei.²⁷

Conforme muito bem assinala Khamis, indiscutível o direito do empregador de dispensar o empregado sem justificção. Pelo contrário, caso o empregador desconheça a situação de infecção pelo HIV do empregado, não existe qualquer ilegalidade nesse ato.²⁸ Na verdade, a dispensa imotivada com caráter discriminatório do portador do HIV e do doente de AIDS é arbitrária, porquanto ultrapassa os poderes do empregador, ferindo frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.²⁹ Por se tratar de dispensa arbitrária, a sua anulação se mostra impositiva.

Essa é a lição trazida por Rafael Francisco França, que afirma:

A despedida sem motivação do empregado infectado pelo vírus HIV, desde que o empregador tenha conhecimento da contaminação, deverá sempre ser tida como arbitrária, e em consequência ineficaz, pois o priva não só do convívio com seus colegas de trabalho, o que já é uma insidiosa discriminação, [...].³⁰

²⁷ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 349.

²⁸ KHAMIS, 2002, p. 83.

²⁹ Ingo Wolfgang Sarlet apresenta o seguinte conceito para o referido princípio: "Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos". SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

³⁰ FRANÇA, Rafael Francisco. A Aids e seus impactos nas relações de trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1201>>. Acesso em: 23 nov. 2009.

Saul de Oliveira Sichonany Neto

O artigo 7º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso I,³¹ prevê que é direito do trabalhador a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária, nos termos de lei complementar. Ocorre que essa lei complementar ainda não existe. Verifica-se também que o conceito de dispensa arbitrária não foi incluído no inciso citado. A conceituação pode ser encontrada no artigo 165 da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT,³² que diz que a dispensa arbitrária se dá quando não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Mesmo que a previsão do artigo 165 supracitado faça referência aos titulares da representação dos empregados na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA, ele pode ser aplicado no tocante à reintegração no emprego do empregado infectado pelo HIV, em virtude do artigo 8º da CLT, que diz que a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, poderá utilizar-se tanto da analogia como da equidade.

Nesse sentido, é a lição de Khamis:

A aplicação analógica do art. 165 c/c art. 8º da CLT é cabível, e se a causa do despedimento não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, impõe-se, desde logo, a anulação do ato e a reintegração do empregado. Ressalte-se que o ônus de provar que a despedida não é arbitrária é do empregador.³³

120

Não é apenas o artigo 165 da CLT que é aplicável ao caso. A Lei n. 9.029 de 1995³⁴ trata da prática de atos discriminatórios na admissão e na permanência da relação de trabalho, sendo tal lei aplicável à gestante. O artigo 4º da referida lei prevê duas opções apresentadas ao empregador no caso de dispensa discriminatória: a readmissão do empregado; ou o pagamento em dobro da remuneração integral de todo o período de afastamento, devidamente corrigidos monetariamente, além do acréscimo dos juros legais.

A lei não fala sobre sua aplicação para os infectados pelo vírus HIV. Mas a interpretação que deve se fazer não é de taxatividade, visto que se trata de enu-

³¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 5 nov. 2009.

³² BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 set. 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2009.

³³ KHAMIS, 2002, p. 83.

³⁴ BRASIL. Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 abr. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.htm>. Acesso em: 23 nov. 2009.

merações exemplificativas. Assim, nada impede a sua utilização para o caso do HIV/AIDS, realizada pelo intérprete por meio da equidade, possibilidade trazida no artigo 8º da CLT. Nesse sentido, Khamis afirma que “não se constituirá obstáculo à aplicação da lei na falta da enumeração taxativa do portador do vírus HIV, uma vez que ao intérprete cabe, desde que autorizado, fazer uso da equidade”.³⁵

A arbitrariedade da dispensa do portador do vírus ou do doente de AIDS está calcada na violação do princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual se utiliza da analogia para o combate ao preconceito, com a reintegração do indivíduo discriminado ao seu emprego, considerando que, em momento algum, falou-se na incapacidade de exercer sua atividade laboral.

Diz José Wilson Ferreira Sobrinho que:

A despedida do empregado em razão de ele ser portador do vírus HIV é discriminatória por atentar contra o princípio constitucional da dignidade humana. Sendo discriminatória, a despedida é carente de motivação adequada ou justa causa, o que a torna arbitrária. O caráter arbitrário da despedida permite ao juiz que reintegre o empregado despedido com base no art. 165 da CLT, utilizado analogicamente a fim de integrar o vácuo normativo criado pela não edição da Lei Complementar prevista no art. 7º, inciso I, da Constituição Federal.³⁶

O Tribunal Superior do Trabalho tem se manifestado a favor da reintegração do portador do vírus HIV dispensado arbitrariamente, tendo por base os princípios insculpidos na Constituição Federal, conforme ementa que segue:

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA IMOTIVADA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. CIÊNCIA NO MOMENTO DA DESPEDIDA. PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO. A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que o empregado soropositivo, em razão das garantias constitucionais que proíbem práticas discriminatórias e asseguram a dignidade da pessoa humana, tem direito à reintegração, mesmo não havendo legislação que garanta a estabilidade no emprego, quando caracterizada a dispensa arbitrária e discriminatória, ainda que presumida. A jurisprudência da Corte firmou-se nesse sentido, conforme definido pelo Tribunal Pleno, em relação à edição de súmula que trata da matéria, ainda pendente de publicação. Recurso de revista conhecido e provido.³⁷

³⁵ KHAMIS, 2002, p. 92.

³⁶ Apud KHAMIS, op. cit., p. 84.

³⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão do processo 1229-93.2010.5.04.0232 (RR). Fabiano Fonseca Guimarães e Pirelli Pneus LTDA. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. 26 de Setembro de 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/intei>>

Saul de Oliveira Sichonany Neto

O Ministro Relator destacou em seu voto, seguido pelos demais ministros da 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que a inexistência de lei específica que preveja a reintegração do soropositivo ao emprego no caso de dispensa discriminatória não impede que seja determinada a sua reintegração ao trabalho, uma vez que, em tal dispensa, é evidente a “afrenta aos princípios gerais do direito, especialmente no que se refere às garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa humana e à igualdade (art. 1º, III e IV; art. 3º, IV; art. 5º, *caput* e XLI; e art. 7º, I, 170 e 193, da Constituição Federal)”.³⁸ Portanto, a fundamentação apresentada vai ao encontro do que foi constatado acima, com base nos juristas citados, ou seja, que a dispensa arbitrária, caracterizada pela discriminação, é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, devendo o trabalhador ser reintegrado ao emprego.

Nesse mesmo sentido, colaciona-se ementa do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO. PORTADOR DO VÍRUS HIV. Aos soropositivos deve ser dado tratamento que assegure sua vida digna. A moléstia, como é sabido, é incurável, sendo necessário tratamento e medicamentos de forma permanente. A garantia de emprego encontra amparo na função social do contrato e vedação ao abuso de direito. No momento em que é despedido, estando debilitado psicologicamente e fisicamente devido ao acometimento da doença infamante, e tendo como agravante o fato de que nestas condições não vai conseguir colocação em nenhum outro tipo de atividade, o empregado infectado com o vírus HIV deve ser protegido e ter garantia do emprego, para o bem de poder dignamente obter sustento e manter o poder aquisitivo. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites em hipóteses tais como as de ato discriminatório ou fraudulento, assim também em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, inciso III, da CF) e de fundamentos como o da dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho (incisos III e IV do art. 1º da CF), sendo, a prática da dispensa por motivo discriminatório, incompatível com a prevalência e a realização desses princípios. Vedação ao rompimento do contrato de trabalho por ato discriminatório do empregador, garantindo, ao empregado, direito à reintegração, que encontra amparo na Lei 9.029/95. Reintegração ao emprego mantida. Recurso não provido.³⁹

122

roTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201229-93.2010.5.04.0232&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKnhAAH&dataPublicacao=28/09/2012&query=dispensa%20arbitraria%20hiv> Acesso em: 26 nov. 2012.

³⁸ Id.

³⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão do processo 00753-2007-006-04-00-6 (RO). Associação dos funcionários da Avipal – AFA e Evaldo Carlos Leal Ferreira,

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 109-128, jan./jun. 2012

Importante frisar que, novamente, a reintegração do empregado soropositivo em virtude de dispensa arbitrária baseou-se no princípio da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional que abarca todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.⁴⁰ Ainda, verifica-se a aplicação da Lei n. 9.029/95 por analogia, anteriormente citada. É de se salientar que, infelizmente, os casos de dispensa discriminatória de portadores do vírus HIV são recorrentes, o que levou o Tribunal Superior do Trabalho a editar recentemente a Súmula 443, que trata sobre o assunto, com a seguinte redação:

Súmula 443 - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.⁴¹

Baseado em diversas decisões sobre o assunto, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula transcrita acima, onde fixa entendimento de que a dispensa de trabalhador portador do vírus HIV é presumidamente discriminatória. Partindo desse entendimento, compete ao empregador que efetuou a dispensa comprovar que esta foi realizada levando em consideração algum motivo de ordem disciplinar, técnica, econômica ou financeira, ou, ainda, que seja o caso de justa causa. Essa súmula é uma conquista dos trabalhadores soropositivos, que necessitam recorrer ao Poder Judiciário para ver garantido o seu emprego e, com isso, a possibilidade de ter uma vida digna, como é garantido pela Constituição Federal. No caso em apreço, o Estado está atribuindo uma proteção especial para pessoas que dela necessitam, que sofrem de todo o tipo de preconceito possível, em todos os grupos sociais que frequentam. A garantia de emprego traz consigo a afirmação de que os portadores do vírus HIV são pessoas humanas dignas, iguais a quaisquer outras, que têm condições de trabalhar, ou seja, poucas

Eleva Alimentos S/A. Relator: Juíza Ana Luíza Heineck Kruse. 24 de abril de 2008. Disponível em: <http://gsa2.trt4.jus.br/search?q=cache:NESaeL7nBy4J:iframe.trt4.jus.br/nj4_juris/jurisnovo.ExibirAcordaoRTF%3FpCodAndamento%3D28028248+aids+dispensa++inmeta%3ADATA_DOCUMENTO%3A2007-11-24..2009-11-24+&access=p&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&lr=lang_pt&client=juris&site=juris&proxystylesheet=juris&oe=UTF-8>. Acesso em: 23 nov. 2009.

⁴⁰ Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que: “Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa”. SARLET, 2001, p. 87.

⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 443. Res. 185/2012. 25, 26 e 27 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443>. Acesso em: 26 nov. 2012.

frases elaboradas pelo Tribunal Superior do Trabalho na elaboração da súmula abarcam a garantia de diversos direitos constitucionais, de maneira explícita.

Além da reintegração ao emprego do indivíduo em virtude da dispensa arbitrária e discriminatória, os tribunais pátrios têm reconhecido o direito à indenização pelos danos morais sofridos pela vítima do ato. O portador do vírus HIV e o doente de AIDS, além de sofrerem fisicamente, pela fragilização do sistema imunológico, sofrem psicologicamente, em razão do preconceito, muitas vezes já referido, que está presente em todos os âmbitos sociais que frequentam. Conforme França, após a “dispensa, desmotivada e com fulcro em preconceitos referentes à condição de aids, o indivíduo passa a enfrentar os problemas advindos do isolamento no qual foi incluso”.⁴² Assim, a dispensa discriminatória ajuda em muito a agravar o estado psicológico do indivíduo, que já se encontra abalado, o que gera o dano extrapatrimonial, ou seja, o dano moral. Khamis afirma que, caracterizado, “o dano moral sofrido pelo trabalhador portador do vírus HIV/AIDS surge ao empregador a obrigação de reparar o dano”.⁴³ Na condenação do empregador ao pagamento de indenização por dano moral, além do caráter retributivo à vítima do ato preconceituoso, encontra-se o caráter pedagógico e de combate ao preconceito.

A título exemplificativo, colacionam-se dois Acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, que reconhece o direito de indenização por danos morais ao portador de HIV dispensado sem justa causa, por ato discriminatório:

PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA. PORTADOR DO HIV. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LEI 9.029/95. Conjunto probatório que evidencia a prática de discriminação na dispensa do autor, portador de HIV, gerando o direito à indenização por danos morais e à indenização prevista no artigo 4º, II, da Lei 9.029/95.⁴⁴

DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. O princípio da não discriminação, consagrado na Constituição da República, deve ser observado durante todo o contrato de trabalho, desde a admissão do trabalhador até o momento da extinção do pacto laboral. O direito legítimo do empregador de rescindir o contrato de trabalho, de natureza potestativa, não dá

⁴² FRANÇA, 2000.

⁴³ KHAMIS, 2002, p. 85.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão do processo 0000170-08.2011.5.04.0015 (RO). Jorge José dos Santos Vilela e Isdralit Indústria e Comércio LTDA – Grupo Isdra e Outros. Relatora: Desembargadora Maria Cristina Schaan Ferreira. 14 de março de 2012. Disponível em: < http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:1FltjwUo48IJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia%3FpCodAndamento%3D41245264+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2011-11-26..2012-11-26+hiv+dano+moral++&client=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 26 nov. 2012.

O trabalhador e o HIV/AIDS

margem, evidentemente, a que adote conduta discriminatória, por qualquer motivo que seja, nos quais se incluem os portadores do vírus HIV. Embora a lei não faça referência específica à proibição de o empregador praticar ato discriminatório por motivo de doença, é certo que tal prática deve ser repelida. Tendo restado presumida a despedida discriminatória condena-se a ré a pagar ao autor indenização por danos morais.⁴⁵

Vislumbra-se da ementa do Acórdão citado que o fato da dispensa arbitrária do infectado por HIV já gera o direito à indenização por dano moral. Isso em função de que o ato discriminatório, como referido anteriormente, afeta psicologicamente o indivíduo, bastando que haja a dispensa discriminatória para que surja o dever do “agressor” de reparar a vítima. O reconhecimento do dano moral sofrido e a condenação ao pagamento de indenização para reparação desse dano têm como base a restauração da dignidade do trabalhador, que foi abalada pelo preconceito com relação ao vírus do qual é portador.

O Estado, por meio do Poder Judiciário, tem se empenhado no combate ao preconceito e na reparação dos danos sofridos pelas vítimas, sempre levando em consideração o pilar constitucional da dignidade da pessoa humana, conforme visto nos exemplos citados. Cumpre referir que os casos analisados não são os únicos encontrados no Poder Judiciário com esse intuito. Porém, não caberia no presente trabalho a análise de todas as formas de combate estatal ao preconceito, em razão da objetividade buscada.

O papel estatal está sendo cumprido onde o preconceito está sendo atacado, seja pelo Poder Judiciário, principalmente pela edição da Súmula 443 pelo Tribunal Superior do Trabalho, seja pelo Poder Executivo, por meio das ações do Programa Nacional de DST e AIDS. Contudo, ao se falar que o Estado está cumprindo seu papel não se quer dizer que as ações propostas bastem para erradicar o preconceito contra o soropositivo, o que seria quase impossível. Ainda faltam atitudes a serem tomadas pelos entes estatais de todas as esferas, com campanhas nacionais, regionais e municipais de esclarecimento da população, com maior visibilidade pela mídia, mas as atualmente adotadas com certeza ajudam, em muito, no combate ao preconceito.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão do Processo 0000157-24.2011.5.04.0301 (RO). Valdir Ferreira da Cruz e SMS Stamp Injet Metalúrgica LTDA. Relator: Desembargador Clóvis Fernando Schuch Santos. 02 de agosto de 2012. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:pYWjqHcrGSMJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia%3FpCodAndamento%3D42993644+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2011-11-26..2012-11-26+hiv+dano+moral++&client=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 26 nov. 2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das formas de preconceito e discriminação do soropositivo pela sociedade, analisou-se uma das formas em que o Estado atua com o intuito de combater/reparar tal estigmatização, garantindo, assim, a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, inserto na Constituição Federal de 1988.

Na primeira parte do presente trabalho, abordou-se a evolução histórica da descoberta do HIV em humanos, de que forma tal vírus age, tanto no corpo do infectado quanto no imaginário social, por meio do medo e do preconceito que tal medo gera nas pessoas. A partir da observação das formas de preconceito e discriminação do infectado, buscou-se analisar, por meio do exemplo da despedida arbitrária devido à discriminação, uma das formas de combate ao preconceito e reparação à vítima do ato preconceituoso que possui o Estado.

Verificou-se, ao longo do estudo, que mesmo após mais de três décadas de descoberta do HIV em humanos, onde se buscou desmistificar a doença a partir da apresentação de informações sobre formas de contágio e tratamento, ainda existe discriminação em relação ao soropositivo em todos os âmbitos da sociedade, seja na família, no trabalho, no grupo social em que convive, e que não existem meios eficazes de erradicar tal estigmatização.

126

O Estado tem se esforçado no combate/reparação desse preconceito, sendo que a atuação da Justiça do Trabalho tem sido exemplar no que tange à dispensa discriminatória dos soropositivos, apresentando uma posição avançada de interpretação do ordenamento jurídico pátrio para evitar o preconceito e restabelecer a dignidade dos trabalhadores discriminados. O que se busca com a condenação dos empregadores à reintegração do trabalhador ao emprego e ao pagamento de indenização é que atitudes discriminatórias não sejam mais tomadas, com caráter pedagógico para aquele que cometeu o ato, bem como servindo como exemplo para os demais empregadores.

Nesta senda, enquanto a sociedade como um todo, como complexo de indivíduos que é, não se conscientizar sobre os prejuízos causados pelo preconceito ao soropositivo, não se terá plena efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que fundamenta o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. *AIDS e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 set. 2001. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2009.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 109-128, jan./jun. 2012

O trabalhador e o HIV/AIDS

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 5 nov. 2009.

_____. Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 abr. 1995. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.htm>. Acesso em: 23 nov. 2009.

BRASIL. *Objetivos de desenvolvimento do milênio*: principais iniciativas do governo federal. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/TerceiroODM_%20CD200807.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2009.

_____. à Ae G.D.: _____. *Relatório Nacional de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio do ano de 2010*. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/Docs/4_RelatorioNacionalAcompanhamentoODM.pdf> Acesso em: 09 mai. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão do processo 00753-2007-006-04-00-6 (RO). Associação dos funcionários da Avipal – AFA e Evaldo Carlos Leal Ferreira, Eleva Alimentos S/A. Relatora: Juíza Ana Luiza Heineck Kruse. 24 de abril de 2008. Disponível em: <http://gsa2.trt4.jus.br/search?q=cache:NESaeL7nBy4J:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirAcordaoRTF%3FpCodAndamento%3D28028248+aids+dispensa++inmeta%3ADATA_DOCUMENTO%3A2007-11-24..2009-11-24+&access=p&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&lr=lang_pt&client=jurisp&site=jurisp&proxystylesheet=jurisp&oe=UTF-8>. Acesso em: 23 nov. 2009.

127

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão do processo 0000170-08.2011.5.04.0015 (RO). Jorge José dos Santos Vilela e Isdralit Indústria e Comércio LTDA – Grupo Isdra e Outros. Relatora: Desembargadora Maria Cristina Schaan Ferreira. 14 de março de 2012. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:1FltjwUo48IJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia%3FpCodAndamento%3D41245264+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2011-11-26..2012-11-26+hiv+dano+moral++&client=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 26 nov. 2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão do Processo 0000157-24.2011.5.04.0301 (RO). Valdir Ferreira da Cruz e SMS Stamp Injet Metalúrgica LTDA. Relator: Desembargador Clóvis Fernando Schuch Santos. 02 de agosto de 2012. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:pYWjqHcrGSMJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia%3FpCodAndamento%3D42993644+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2011-11-26..2012-11-26+hiv+dano+moral++&client=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 26 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão do processo 1229-93.2010.5.04.0232 (RR). Fabiano Fonseca Guimarães e Pirelli Pneus LTDA. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. 26 de Setembro de 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201229-93.2010.5.04.0232&base=acordao&rowid>>

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 109-128, jan./jun. 2012

Saul de Oliveira Sichonany Neto

=AAANGhAAFAAAKnhAAH&dataPublicacao=28/09/2012&query=dispensa%20arbitraria%20hiv>. Acesso em: 26 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 443. Res. 185/2012. 25, 26 e 27 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443>. Acesso em: 26 nov. 2012.

FRANÇA, Rafael Francisco. A Aids e seus impactos nas relações de trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1201>>. Acesso em: 23 nov. 2009.

HANAN, Janete. *A percepção social da AIDS: raízes do preconceito e da discriminação*. Rio de Janeiro: Revinter, 1994.

KHAMIS, Renato Mehanna. *Dano moral: dispensa imotivada de portador do vírus HIV*. São Paulo: LTr, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2006.

ONU, Organização das Nações Unidas. *Informe de Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, do ano de 2008*. Disponível em: <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/pdf/MDG_Report_2008_SPANISH.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2009.

_____. *Informe de Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, do ano de 2012*. Disponível em: <http://www.undp.org/content/undp/es/home/mdgoverview/mdg_goals/mdg6/>. Acesso em: 9 maio 2013.

RUDNICKI, Dani. *AIDS e direito: papel do Estado e da sociedade na prevenção da doença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Data de recebimento: 17/4/2011

Data de aprovação: 4/9/2012